قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

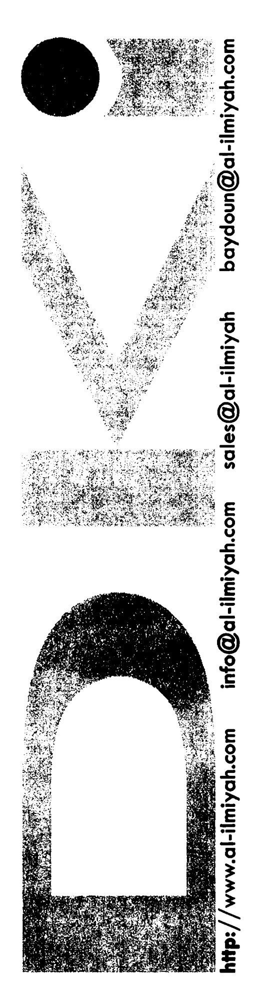
للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣ هـ

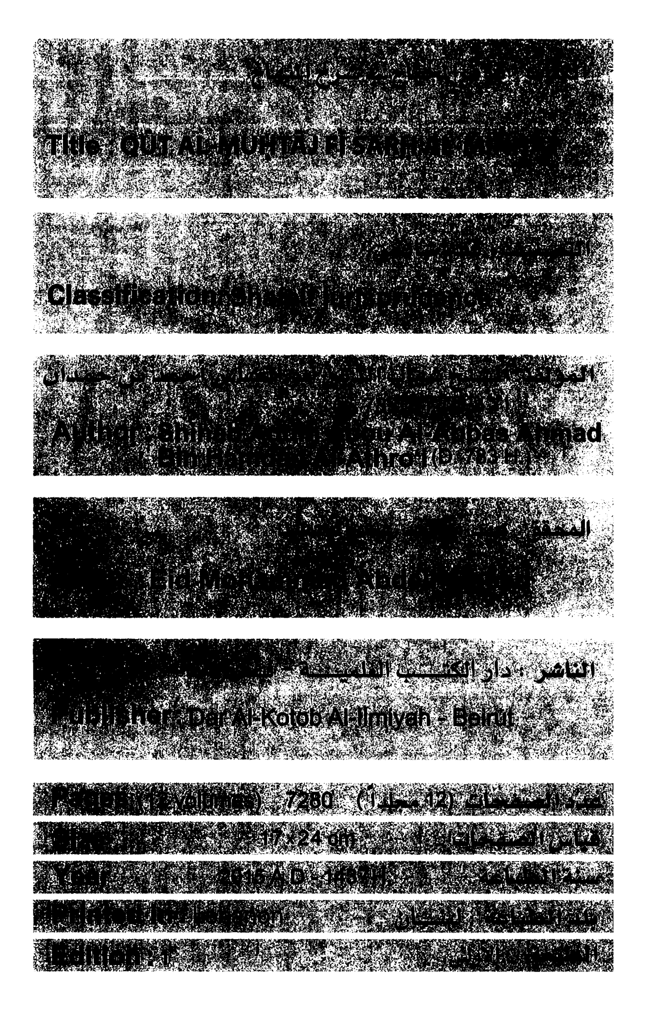
تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الحادي عشر

القضاء - الشهادات






Title : QŪT AL-MUHTĀJ Fī SARH

Classification:

المؤلف :

Author : Shihab

Al-Abbas Ahmad

Al-Ahro'i (D. 783 H.)

المحقق :

Eid Mo

Abd

الناشر : دار الكتب العلمية

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes) 7280 (12 مجلداً) عدد الصفحات

Size 17×24 cm قياس الصفحات

Year 2016 A.D - 1437 H. سنة الطباعة

Printed in : Lebanon بلد الطباعة : لبنان

Edition : 1st الطبعة

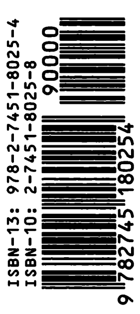
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ القَضَاءِ

هو بالمدّ: ولاية مخصوصة، قال الأزهري: وهو في الأصل: أحكام الشيء وفروعه، ويكون القضاء إمضاء الحكم، وقال الجوهري: قضى بمعنى: أنهى وفرغ، ومنه ﴿فَوَكَزَهُۥ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥] فالقاضي ينهي الأمر ويفرغ منه، وقضى بمعنى: أوجب، ومنه ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ﴾ [الإسراء: ٢٣] فالقاضي يوجب الحكم على من حكم عليه، ويقال: بمعنى الإتمام، ومنه: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَٰسِكَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٠٠] وبمعنى: أدى وبمعنى قدر، وقيل غير ذلك، وسمي القضاء حكمًا فيه من منع الظالم مأخوذ من الحكمة بالتحريك، وهي حكمة اللجام لمنعها الدابة، وقيل: الحكمة مأخوذة منه، وقيل: أخذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء في مجلد، والأصل في الباب الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وقوله: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

ومن السنة ما لا يحصى كثرة كقوله ﷺ: «إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ»[(١)] الحديث متفق عليه.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٤/ ١٩٨، رقم ١٧٨٠٩)، والبخاري (٦/ ٢٦٧٦، رقم ٦٩١٩)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢، رقم ١٧١٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٩، رقم ٣٥٧٤)، والترمذي =

قال المصنف: [هُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ، فَإِنْ تَعَيَّنَ لَزِمَهُ طَلَبُهُ.

وأما الإجماع فمنعقد عليه وهو من مهمات الدين والدنيا، وقد ورد فيه من التحذير والتشديد ما لا يحصى كثرة، وورد فيه ترغيبات أيضًا، وقد أوردت من كل من النوعين طرفًا صالحًا هناك في «الغنية» مشتملًا على فوائد حسنة ونفائس مهمة يتعين الوقوف عليها، وكنت في زمن الشباب قد عزمت على جمع مؤلف يشتمل على القضاء والشهادات والدعوى والبينات لما رأيته من افتقار الناس إلى ذلك وجهل أكثرهم بأحكامه فلم يقدر لي ذلك، فلما يسر الله سبحانه بكتابة «الغنية» ذكرت في كل من الأبواب الثلاثة جملًا متكاثرة، فمن أحب الوقوف عليها رأى فيها ما يقر به عينه من الفروع المستفادة والنقول الغريبة، والله يجعل ذلك وجميع ما نأتيه لوجهه خالصًا، وأن ينفعني به إذا الكل أضحى خالصًا إن ربي لطيف لما يشاء.

قال الشارح: قال: **(هُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ)** أي: بالإجماع كما قاله الرافعي وغيره؛ لأن الظلم من شيم النفوس، فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من الظالم، ولا يقدر الإمام على فصل الخصومات بنفسه فوجب عليه نصب القضاة في بلاد الإسلام بحسب الحاجة هذا هو الصواب.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب: إنه يستحب نصب القضاة في البلدان، قال ابن الرفعة: ولم أره لغيره ولم يحصل الفرض، سيأتي في بيانه - إن شاء الله- عند الكلام في الاستعداد وإحضار الخصوم.

قال: **(فَإِنْ تَعَيَّنَ)** أي: للقضاء.

(لَزِمَهُ طَلَبُهُ) أي: لم يعرض عليه ذلك بأن يكون في الناحية واحد لا غير

= (٣/ ٦١٥، رقم ١٣٢٦) وقال: حسن غريب. والنسائي (٨/ ٢٢٣، رقم ٥٣٨١)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦، رقم ٢٣١٤)، وابن حبان (١١/ ٤٤٥، رقم ٥٠٦٠)، والبيهقي (١٠/ ١١٩، رقم ٢٠١٥٥).

حديث عمرو بن العاص: أخرجه الشافعي (١/ ٢٤٤)، وأحمد (٤/ ١٩٨، رقم ١٧٨٠٩)، والبخاري (٦/ ٢٦٧٦، رقم ٦٩١٩)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢، رقم ١٧١٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٩، رقم ٣٥٧٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٦، رقم ٢٣١٤)، وابن حبان (١١/ ٤٤٧، رقم ٥٠٦١).

....

أهلًا للقضاء، ولم يجد الإمام غيره أهلًا في بلدٍ أو ناحية أخرى يجيب إلى التولية بالناحية الخالية؛ فيتعين على الحاضر الأهل الطلب والإجابة خروجًا من الواجب كسائر فروض الكفاية إذا اتصفت إذا علمت هذا ووجد الإمام في بلد آخر من يصلح وامتنع لم يجزه لما فيه من إلزامه الخلاء والبعد عن أهله ووطنه، وفيه كلام سيأتي بخلاف الحاضر الأهل، فيتعين على الإمام نصبه إذا علم به ويجبره على الصحيح، ويلزمه القبول، وإن لم يعلم به الإمام أو علم ولم يستدعيه للولاية لزمه طلبها، ويشهر نفسه عنده إن كان خاملًا.

قال في «المهذب» وغيره: ولو احتاج في هذه الحالة إلى بذل مال في تحصيله لزمه بذله كما يلزمه شراء الرقبة للكفارة والإطعام في المجاعة، ولا يعذر بأن يخاف على نفسه ميلًا أو خيانة بل عليه أن يتولى ويحترز هكذا أطلقوا أنه يلزمه الطلب، وقال الماوردي: يتعين عليه فرض الإجابة إذا دعي ولا يتعين عليه طلبه، والمشهور الأول وبه جزم الماوردي من بعد ولعله أراد بهذا ما إذا علم الإمام به، وإلا وجب عليه إعلامه كما أطلقه غيره.

وينبغي أن يكون موضعه ما إذا أراد الإجابة أو تردد فيها على السواء، أما لو غلب على ظنه عدم إجابته لما علمه من فساد الزمان وأئمته، فالظاهر أنه لا يلزمه الطلب نعم، يجب عليه القبول إن دعي فإن امتنع عصى، وهل يجبره الإمام؟ فيه وجهان: أحدهما: لا.

قال الرافعي: لما يروى أنه ﷺ قال: «**إنا لا نكره القضاء على أحد**»[(١)] وهذا الحديث غير معروف.

والثاني: نعم، وهو المشهور، قال الرافعي: والأكثرون حملوا الحديث حالة عدم التعين وحكموا بالإجبار لاضطرار الناس علمه، ونظره كمالك

---

(١) قال الحافظ: قَوْلُهُ: رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِنَّا لَا نُكْرِهُ أَحَدًا عَلَى الْقَضَاءِ». لَمْ أَجِدْهُ هَكَذَا، وَفِي الْمَعْنَى حَدِيثُ أَبِي مَسْعُودٍ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَاعِيًا وَقَالَ: «لَا أُلْفِيَنَّكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تَجِيءُ وَعَلَى ظَهْرِكَ بَعِيرٌ لَهُ رُغَاءٌ قَدْ غَلَلْتَهُ» قَالَ: إِذًا لَا أَنْطَلِقُ، قَالَ: «إِذًا لَا أُكْرِهُكَ» أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُد.

....

الطعام، قال الرافعي: وربما يتردد الناس في الإجبار من جهة أن الامتناع من هذا الفرض الذي هو مناط بالمصالح العامة بعدما تعين يشبه أن يكون من الكبائر، وحينئذ فيفسق به، ويخرج عن أهلية القضاء لفوات شرط العدالة، فكيف تولى وجبر على القبول، قال: ويمكن أن يكون المراد أنه يؤمر بالتولية أولًا فإذا تاب تولى، انتهى.

قال أبو القاسم الزنجاني في «مختصر الشرح»: أقول: لا يسلم أن بالامتناع يفسق مطلقًا، بل إنما يفسق لو امتنع بلا تأويل للتحذيرات الواردة في الباب، واستشعاره من نفسه العجز وعدم اعتماده على نفسه الأمارة بالسوء، وكيف وقد امتنع عنه كبار الأئمة كأبي حنيفة وسفيان وعبد الله وأضرابهم مع أنه قد تعين كل واحد في زمانه وما قاله صحيح، لكن دعواه التعيين على أبي حنيفة وغيره في زمنهم ممنوع، وكيف يفسق من امتنع منا ولا تأويلًا سائغًا أداه اجتهاده إليه، وأن المنجي له من عذاب الله وسخطه عدم التلبس بهذا الأمر، وقد يرى هو أنه لك يتعين عليه ذلك، وإن رآه الإمام نعم إن ظهر منه الامتناع عنادًا محضًا فذاك، وهذا لا يعرف إلا باعترافه فالوجه عدم فسقه بمجرد امتناعه خوفًا على دينه أو غير ذلك من الأعذار الباطنة الخفية علينا، قال في «الروضة»: قلت: وينبغي أن يقال: لا يمتنع غالبًا إلا متأولًا وهذا ليس بعاص قطعًا، وإن كان مخطئًا، انتهى.

وقيل: يلزم الرافعي إذا فسقه أن يوجب الاستبراء ولم يوجبه، بل ظاهر قبول توبته في الحال وتوليته، والله أعلم.

فَرْعٌ: إذا كان في البلد جماعة صالحون فهو فرض كفاية في حقهم، ويقال: فرض عين على جميعهم على معنى أنهم إن امتنعوا كلهم أثموا، وإن قام به أحدهم سقط الجرح عن الباقين، فلو امتنع واحد منهم فهل يخيره الإمام؟ فيه وجهان مرتبان على المتعين عليه وأولى بالمنع، وهذا ما صححه شريح الروياني، وصاحب «الفروع» وابن أبي الدم؛ لوجود غيره.

والثاني: يخيره؛ لئلا يؤدي إلى التواكل وامتناع الكل، ورجحه الرافعي

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ، وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمَفْضُولِ الْقَبُولُ، وَقِيلَ: لَا، وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ فَلَهُ الْقَبُولُ.

وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلًا يَرْجُو بِهِ نَشْرَ الْعِلْمِ أَوْ مُحْتَاجًا إِلَى الرِّزْقِ، وَإِلَّا فَالْأَوْلَى تَرْكُهُ. قُلْت: وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، والله أَعْلَمُ.

والمصنف وابن أبي عصرون.

قال في «الذخائر» تفريعًا على الأول: وعلى هذا فإن عين الإمام واحدًا هل يتعين عليه الدخول فيه؟ على وجهين.

قال ابن الرفعة: والذي ذكره البندنيجي وابن الصباغ أن الإمام لو عين شخصًا للقضاء ابتداءً هل يتعين عليه؟ وجهان من غير بناء على ما ذكره مع أني لم أفهم معنى البناء، وقد قال بعد نقل هذين الوجهين: إن الغزالي قال يعني في «البسيط» وقاله إمامه: ولم يجزم الإمام بتعيينه، انتهى.

قلت: والظاهر أن التفريع انعكس على صاحب «الذخائر».

وعبارة «النهاية» بعد نقله الوجهين عن العراقيين فيما إذا كان تقليده جازمًا فإن كان على غيره فلا وجوب، ثم الوجهان فيه إذا لم يستشعر من نفسه المخالفة؛ فإن استشعر فالجدارة ما وجد إليه سبيلًا، انتهى.

وحسن أن يقال: ينبغي للإمام أن يدعو الأتقى الأعلم، فإن أبى دعا إليها من يليه في ذلك وهكذا، فإن أجاب واحد منهم فذاك وإلا اختار أحدهم وألزمه بها، ولا يبعد أن يقرع بينهم وإن لم تدخل القرعة العقود ليكون ذلك أنفى للتهمة وقصد الضرار بالمجبر، فإذا أدت القرعة إلى واحد أجبره حينئذ.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يتعين عليه.

(فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمَفْضُولِ القَبُولُ، وَقِيلَ: لَا، وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ فَلَهُ القَبُولُ، وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلًا يَرْجُو بِهِ نَشْرَ العِلْمِ أَوْ مُحْتَاجًا إِلَى الرِّزْقِ، وَإِلَّا فَالأَوْلَى تَرْكُهُ، قُلْت: وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاللهُ أَعْلَمُ) إذا لم يتعين التولية عليه لوجود من يصلح غيره فذلك الغير إما أن يكون أصلح وأولى منه، أو يكون مثله أو دونه.

....

الحالة الأولى: أن يكون الغير أصلح منه، قال الرافعي: فترتب على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول؟ وفيه قولان للمتكلمين والفقهاء، أحدهما: المنع رعاية لزيادة الفضيلة، وأصحهما: الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة والقضاء أولى بأن يجوز تفويضه إلى المفضول؛ لأن الفائت بتولي المفضول الإمامة لا يتدارك، والفائت في القضاء يتدارك بنظر من فوقه من الولاة، قال الماوردي: هذا إذا لم يكن عذر في توليته المفضول، فإن كان بان كان أطوع في الناس وأقرب إلى القلوب، أو كان الأفضل غائبًا أو مريضًا انعقدت قولًا واحدًا، انتهى.

فإن لم يجوز المفضول القضاء حرمت توليته وحرم عليه الطلب والقبول، وإن جوزناه جاز القبول، وأما الطلب فيكره أو يحرم فيه وجهان أظهرهما وبه جزم البغوي: الأول، وإن كان الأصلح لا يلي فكما لو عدم الأصلح.

قلت: وينازع في الترجيح في الإمامة قول الإمام في «الإرشاد» الذي صار إليه معظم أهل السنة: إنه يتعين الإمامة أفضل أهل العصر إلا أن يكون في نصبه هرج وهيجان فتن فيجوز نصب المفضول، انتهى وهذا حسن وعليه درج السلف.

تنبيه: قضية تحريم الطلب تحريم التولية، وصرح القاضي الحسين بخلاف في تحريمها واستشكله الإمام، واحترز المصنف بقوله: وكان يتولاه عمّا إذا كان الأصح يمتنع فهو كالمعدوم.

الحالة الثانية: إن يكون هناك مثله فله القبول إذا قلد، وفي وجوب القبول وجهان قريبان من الوجهين في أنه إذا امتنع الكل، هل يجبر الإمام أحدهم؟ قال الرافعي: والأظهر هنا عدم الوجوب؛ لأنه قد يقوم به غيره، وهذا ما أشرت إليه قريبًا وسبق كلام الغزالي وإمامه فيه، وقال الماوردي: إذا تكافأت الجماعة، وكان فيهم طالب للولاية وممسك عنها، فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب؛ لأنه أرغب في السلامة، فإن امتنع بغير عذر ففي جواز إجباره وجهان، قال الرافعي: وأما الطالب، فإن كان خامل الذكر ولو ولي

....

القضاء لاشتهر وانتفع الناس بعلمه، فيستحب له الطلب وإن كان مشهورًا انتفع الناس بعلمه، فإن لم تكن له كفاية، ولو ولي لصار مكفيًا من بيت المال، فعبارة الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب: والمعظم أنه يستحب له الطلب أيضًا لينتفع به وضايق بعضهم في الاستحباب هاهنا، واقتصر على نفي الكراهة، وعن القفال: إنه لا يستحب الطلب بحالٍ لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمرة: «**لَا تَسْأَلِ الإِمَارَةَ. . . .**» الحديث.

وقوله: «**وَإِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وُكِلْتَ إِلَيْهَا**»(١) متفق عليه.

قال الرافعي: والأظهر الأول، أي: الندبة، كما جزم به المصنف، وفيه نظر؛ لإطلاق الأحاديث الصحيحة في ذم الطلب والحرص على الولاية وتطرق التهمة إلى الطالب مع وجود من يقوم بالأمر سواه ونشر العلم، وطلب الرزق ممكن بغير ارتكاب هذا الحظر لا سيما في هذه الأعصار، وفي «الصحيحين» مرفوعًا: «**إِنَّا وَاللهِ لا نُوَلِّي هذا العملَ أحدًا سَأَلَهُ، أو أَحَدًا حَرَصَ عَلَيْهِ**» و«**لَنْ أَوْ لَا نَسْتَعْمِلُ عَلَى عَمَلِنَا مَنْ أَرَادَهُ**»(٢).

وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ سَأَلَ الْقَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ. . .**»(٣) حسنه الترمذي، وأحاديث يطول ذكرها.

وقد قال الصيمري في «شرح الكفاية»: والسلف على قولين، منهم من كره القضاء وذم الدخول فيه، ومنهم من أحبه وآثر الدخول فيه، وأجمعوا على

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٤١٩ رقم ٣٢٥٤٣)، وأحمد (٥/ ٦٣، رقم ٢٠٦٤٧)، والبخاري (٦/ ٢٤٤٣، رقم ٦٢٤٨) ومسلم (٣/ ١٢٧٣، رقم ١٦٥٢)، وأبو داود (٣/ ١٣٠، رقم ٢٩٢٩)، والترمذي (٤/ ١٠٦، رقم ١٥٢٩) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١٠، رقم ٣٧٨٤).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٥٦، رقم ١٧٣٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ٤١٩، رقم ٣٢٥٤١) والبخاري (٦/ ٢٦١٤، رقم ٦٧٣٠)، وابن الجارود (ص ٩٢، رقم ٣٣٧)، وأبو عوانة (٤/ ٣٧٨، رقم ٧٠١٦)، وابن حبان (١٠/ ٣٣٣، رقم ٤٤٨١).).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١١٨، رقم ١٢٢٠٥)، والترمذي (٣/ ٦١٣، رقم ١٣٢٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤، رقم ٢٣٠٩).

....

كراهية أن يطلبه الرجل ويحرص عليه، أي: إذا لم يتعين عليه كما دلَّ عليه كلامه من بعد وسيأتي كلام الماوردي وتقسيمه الطالب، قال الرافعي: وإن كان مع الشهرة مكتفيًا فيكره له الطلب، وهذا ما رجحه المصنف في «زيادته» وهو الوجه، قال: ومنهم من اقتصر على أن الأولى ألا يطلب، وهذا ما ذكره في «المحرر» قال: وكما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول لو قلد من غير طلب تفريعًا على القول بعدم الوجوب، وعلى هذا ينزل امتناع السلف.

إشارات: في كراهية القبول على الإطلاق نظر، وجعله بمنزلة الطلب بعيد لما سيأتي عن الماوردي، ثم موضع الكراهة في حالتي الطلب والقبول [إذا علم أنه لو كف لولي من هو كاف] أما لو علم أنه لو كف عن الطلب أو القبول لولي من لا يصلح فلا، بل يتأكد الاستحباب له وإن كان غنيًّا مشهورًا إذا ظن إجابته عند الطلب إذا قصد بذلك الدفع عن الدين والمسلمين، ويظهر وجوب الطلب والقبول، والحالة هذه ذكر الرافعي هنا أنه يروى أن الشافعي أوصى المزني في مرض موته ألا يتولى القضاء وعرض عليه كتاب الرشيد بالقضاء وأنه لم يحببه إليه، انتهى، والمعروف أن الذي كتب بالقضاء إلى الشافعي إنما هو المأمون ابن الرشيد.

الحالة الثالثة: وسكت عنها في الكتاب أن يكون هناك من هو دونه، فإن لم يجوز تولية المفضول فهو كما لو تعين عليه وقد بيناه، وإن جوزناه وهو المذهب ويستحب له القبول، وفي الوجوب الوجهان، وحسن أن يتوسط فيقال: إن علم أنه إذا عرض قام به من هو أهل، وإن كان دونه لم يلزمه القبول، وإن علم لو أبى من ليس بأهل لزمه القبول لما أشرنا إليه قريبًا، قال الرافعي في هذه الحالة: ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه، وفيه ما قدمناه، قال: وهكذا حيث استحببنا الطلب والتقلد، فكذلك عند الوقوف وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الاستشعار فينبغي أن يحترز فإن أهم الغنائم حفظ السلامة.

قلت: وفي «ملجأ الحكام عند اشتباه الأحكام» لابن شداد: إذا كان القضاء فرض كفاية واستشعر من نفسه الميل واتباع الهوى وجب عليه

....

الامتناع، هذا إذا كان ثم مساو له، فإن كان هو أفضل، فإن استشعر من نفسه ميلًا؛ فليجتنب وإلا فإن لم يصحح، ولأنه المفضول مع وجود الفاضل فكما لو لم يكن ثم سواه وقد بيناه، قال: هكذا قاله في «الذخائر» ولو كان التفضيل على العكس كان أولى.

قال: وإن جوزنا ولاية المفضول؟ قال في «الذخائر»: ينظر فإن كان قد اختبر نفسه ووثق بدينه وأمانته لم تكره له الولاية، وإن لم يختبر نفسه ولم يستشعر ميلًا، فإن لم يكن له كفاية لم يكره.

وقال القاضي الحسين: إذا كان مفضولًا حرم عليه الطلب، وكره الإمام توليته، قال الغزالي وإمامه: وفيه نظر، وجعل الماوردي الطلب خمسة أقسام:

الأول: أن تكون الحقوق مضاعة والأحكام فاسدة بجهل أو هوى؛ فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وجريان الأحكام على وفق الشرع فهذا الطلب المستحب وهو به مأجور.

والثاني: أن يقصد بالولاية انتقامًا من أعداء أو اكتساب بارتشاء؛ فهذا الطلب المحرم.

والثالث: أن يطلبه لطلب رزقه أو لدفع ضرر به فهو الطلب المباح.

والرابع: أن يطلبه للجاه والاستعلاء فهو مكروه.

والخامس: أن يطلبه رغبة في الولاية والنظر في الأحكام، وللعلماء وأصحابنا فيه ثلاثة مذاهب: أحدها: يكره له طلبه، والإجابة إن طلب إليه، وهو مذهب ابن عمر وجماعة ومن تحسن من الفقهاء وطلب السلامة لما ورد فيه من التحذير.

وثانيها: يستحب له الطلب والإجابة وعزاه إلى جماعة ومن يستأهل من الفقهاء ومال إلى التعاون على البر والتقوى وأعد لها أن يكره له الطلب، ويستحب له الإجابة، وهو قول أكثر المتوسطين من الفقهاء لحديث عبد الرحمن بن سمرة، انتهى.

....

وهذا هو المختار لمن جمع شرائط القضاء وأيس من نفسه القيام بحقوق الله وحقوق عباده وإلا فالنجاة النجاة.

تنبيهات: ثم أعرف هاهنا أمور التفصيل الذي ذكرناه في الطلب إذا لم يكن في الموضع المطلوب قضاؤه قاض، فإن كان فيه من يلابس القضاء نظر إن لم يكن مستحقًا بجور أو جهل بالحكم فهو كالعدم.

قلت: بل أولى، وإن كان مستحقًا والطالب يروم عزله.

قال الماوردي: هذا الطلب محظور والطالب بالتعرض له مجروح، أي: سواء كان المنصوب فاضلًا أو مفضولًا، وجوزنا توليته.

الثاني: حكم الطلب بلا بذل ما بيناه، فأما إذا بذل مالًا ليتولى قال ابن القاص: وآخرون أطلقوا القول بأنه محظور بأن قضاءه مردود، والأشبه تفصيل أورده القاضي الروياني: وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له القضاء فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ، وإن لم يتعين عليه، ولا هو ممن يستحب له، فلا يجوز له بذل المال ليتولى ويجوز له ـ أي: إذا كان أهلًا ـ بذل المال بعدما ولي؛ لئلا يعزل والآخذ ظالم بالأخذ، وأما بذل المال لعزل من هو ملابس للقضاء، فإن لم يكن بصفات القضاء فهو مستحب ليخلص الناس منه وأخذه حرام على آخذه، وإن كان بصفات القضاء فهو حرام، فإن فعل وعزل الأول برشوته وولي الباذل مكانه من غير رشوة، قال ابن القاص: توليته باطلة والمعزول على قضائه؛ لأن العزل بالرشوة حرام وتولية المرشي للمراشي حرام، وليكن هذا محمولًا على الأصل الممهد في الشرعية، وأما عند الضرورات وظهور الفتن فلا بدّ من تنفيذ التولية والعزل جميعًا كتولية الباغين، انتهى.

وما حكاه عن ابن القاص نقل في كتابه «أدب القضاء» إجماع الشافعي والكوفي عليه لكن سياق كلامه يقضي أنه فيمن ارتشى عاصيًا بها لعدم أهليته، وهو قضية كلام الدبيلي فلا يكون مخالفًا لكلام غيره، وأما التسوية في البذل بين من تعين عليه ومن استحب له ففيها نظر، وظاهر كلامه الجواز فقط، وسبق

وَالِاعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ.

عن «المهذب» وغيره وجوبه عند التعيين، وبه صرح الْفَارِقِيّ وغيره.

وقال الماوردي: البذل على القضاء أقسام، **أحدها**: أن يكون واجبًا لتعيين فرصة عليه عند انفراده بشروط القضاء أو مستحبًا له ليزيل جوز غيره أو تقصيره فبذله على هذا الطلب مستحب وقبوله منه محظور على قابله.

والثاني: أن يكون طلبه محظورًا أو مكروهًا فبذله على هذا الطلب محظور.

والثالث: أن يكون طلبه مباحًا فينظر إن كان بعد التقليد لم يحرم على الباذل وحرم على القابل، وإن كان البذل قبل التقليد حرم عليهما جميعًا، فإن عدم الطالب بعض شروط القضاء حرم طلبه وإجابته لفساد التقليد ويحرم النظر وصار بالطلب مجروحًا، انتهى.

ووقع في «الروضة» هنا خلل فاحش تبع فيه أصلًا سقيمًا، فقال: والصحيح تفصيل ذكره الروياني، وذكر الكلام على وجهه إلى أن قال: وإن لم يتعين ولم يكن مستحبًا جاز بذل المال ليتولى، انتهى.

والصواب ما سبق أنه لا يجوز له بذله في هذه الحالة عدنا إلى كلام الرافعي.

الثالث: طرق الأصحاب متفقة في تعيين القضاء، وعدم تعيينه على النظر إلى البلد والناحية وذكر ما سنذكره عقب كلام المصنف.

إشارة: ذكرت في «الغنية» هنا فرعًا طويلًا عن كلام ابن شداد و«الذخائر» يتضمن فوائد يتعلق بما قدمناه يتعين الوقوف عليها.

قال: **(وَالِاعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ)** أي: فلا يجب على الصالح للقضاء طلبه ببلد آخر لا صالح بها، ولا قبوله إذا ولي لما قدمناه من مشقة مفارقته الوطن، وفيه ما سيأتي وعبارة «المحرر» والنظر في التعيين وعدم التعيين إلى البلد والناحية وحافظ عليها من اختصره عن المصنف، وهي عبارة الشرحين وغيرهما، وقيل: اتفاق الطرق على ما ذكره، ثم قال: وقضيته ألا

....

يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلد آخر لا صالح فيها، ولا قبوله إذا ولي، ويجوز أن يفرق بينه وبين سائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما بأنه يمكن القيام بتلك الأمور والعود إلى الوطن وعمل القضاء لا غاية له، فالانتقال له هجرة وترك للوطن بالكلية، انتهى.

وحكى ابن الرفعة ذلك عن مقتضى كلام جماعة ثم قال: وفيه نظر؛ لأن ابن الصباغ وغيره قالوا: إذا كان الإمام في بلدٍ واحتاج بلد آخر إلى قاضٍ فإنه يلزمه أن يبعث إليهم قاضيًا؛ لأنه لا غناء بهم عنه، ولا يكلفون المصير في خصوماتهم إلى بلد الإمام، وقد بعث ﷺ عليًّا ﵁ إلى اليمن قاضيًا، وإذا كان بعث القاضي على الإمام متعينًا فلا بدّ من مبعوث يجب عليه المضي، وحينئذ فيعود الكلام إلى تعيينه للولاية لكونه لا صالح له غيره أو لكونها فرض كفاية لصلاحية جميع له، وأيضًا فإن الإمام لو ولى البلد لواحد من غيرها مع وجود صالح فيها صح، وهذا يمنع حقيقة التعين لو كان التصوير خاصًا بما ذكره، انتهى وسيأتي تصريح الرافعي بذلك.

ويتعين تأويل كلام الأئمة على ما إذا كان في البلاد القاصية أو يقرها من يصلح فتتوجه الفرص عليهم دون غيرهم أما لو لم يكن ثم صالح فلا بدّ للإمام من بعث من يدفع به حاجتهم ولا ينقدح فيه خلاف أصلًا، وعلى ذلك درج الخلفاء الراشدون أعني البعث إلى قاضي البلاد، ولا ريب في وجوب ذلك على الإمام ووجب امتثال أمره حيث لا يلزم منه ضرر، ولا يحتمل ولو سلم ما فرق به الرافعي -رحمه الله- لأدى إلى عدم نصب الولاة في الأطراف البعيدة وشحن الثغور الشاسعة إذا لم يكن هناك من يصلح لها ولا سبيل إليه لما نشأ عن إهماله من الفساد وعدم السداد، وعبارة «تعليق» البغوي: ويجب على الإمام أن يبعث إلى كل بلد من بلاد المسلمين قاضيًا ينصبه للقيام بمصالح العباد ورعاية حقوق الشرع ومواجبه، والقيام بأموال اليتامى وتزويج الأرامل والأيامى وإصلاح أحوالهن، والقيام بأمور الأوقاف ونصر المظلومين والإنصاف من الظالمين، انتهى.

وَشَرْطُ الْقَاضِي مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ ....

ولا أحسب في وجوب البعث خلافًا نعم، قد يقال يراوح بين المنصوبين لذلك في البلاد النائية إذا لم يختر المنصوب الإقامة هناك والاستيطان كما يراوح في المغزى بين الجند؛ فينصب القاضي عامًا مثلًا ثم يعفيه إن طلب الإعفاء وينصب غيره عند المكنة، والله أعلم، على أن هذا باب قد شذ من أعصار ولم يبق إلا التكالب وبذل الأموال الكثيرة على تولية البلاد القاصية والدانية ولا قوة إلا بالله.

فَرْعٌ: قال الماوردي: إذا خلا العصر عن إمام فقلد أهل بلد قاضيًا عليهم، فإن رجي نصب إمام تعذر من قريب أو أمكنهم التحاكم إلى قاضٍ أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم باطلًا وإلا فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه، فكذلك وإن أمكنهم نصره وتقويته كان تقليدهم جائزًا؛ إذ أجمع عليه جمع أهل الاختيار منهم، وإن لم يعتبر في تقليد الإمام إجماع أهل الاختيار كلهم، وعلى هذا لو قلده بعضهم وظهر الرضا من الباقين بالسكوت وعدم الاختلاف كفى وينفذ قضاؤه طوعًا وكرهًا وجبرًا، وإن ظهر منهم الإنكار بطل التقليد لعدم قوة اليد، فلو كان للبلد جانبان فرضي أحد الجانبين فقط صحت ولايته فيهم دون الجانب الآخر كالبلدين، فإن تحدد إمام فله عزله واستمراره وليس لهذا القاضي أن يستأنف النظر إلا بعد إذن الإمام بخلاف المقلد عن إمام تقدم، ويكتفي في هذا القاضي بإذن الإمام عن تحديد تقليد ويقوم الإذن مقام التقليد وإن لم يجز الاقتصار على الإذن في الولايات المستحدثة، وسنذكر كلام إمام الحرمين فيما إذا خلا العصر عن إمام إن شاء الله.

قال: (**وَشَرْطُ القَاضِي: مُسْلِمٌ**) أي: مطلقًا فلا يجوز تقليد كافر بحال لا على المسلمين ولا على الكفار خلافًا لأبي حنيفة في الثانية، قال الماوردي: وما جرى في العرف من نصب حاكم على أهل الذمة فهو زعامة ورئاسة لا تقليد قضاء وما يلزم من حكمه لأهل دينه فلالتزامهم لا للزومه لهم، ولا يقبل قوله فيما حكم له، ولو امتنعوا من التحاكم إليه لم يجبروا عليه.

قال: (**مُكَلَّفٌ**) أي: فلا يصح تولية الصبي والمجنون؛ لأنه مولى عليهما،

حُرٌّ ذَكَرٌ عَدْلٌ ....

وهو إجماع في الجنون المطبق، وفي حكمه المنقطع الطويل بل المدة أو القصير إن أعقبه غفلة ودهشة، فلو قصر كساعة ثم تعود إلى الاستقامة، فوجهان في «الحاوي» وشبه وجه الجواز بالنوم مع جزمه بأنه لو طرأ عليه جنون انعزل من غير تفصيل.

قال الماوردي: ولا يكتفي بالعقل الذي يتعلق به التكليف حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدًا من السهو والغفلة ليتوصل إلى وضوح المشكل وحل المعضل.

قال: (**حُرٌّ**) أي: كامل الحرية، فلا يجوز تولية من فيه جزء من الرق، وإن قل ولا مكاتب ولا غيرهما وفاقًا؛ لأن الرقيق ناقص عن ولاية نفسه فعن غيره أولى وبالقياس على الشهادة وأولى.

قال: (**ذَكَرٌ**) أي: فلا يصح تقليد امرأة لقوله تعالى: ﴿**ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ**﴾ [النساء: ٣٤] ولقوله ﷺ: «**لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً**»[١].

ولا تصح تولية الخنثى المشكل وإن زال إشكاله بعد زمان، وخلافًا لما في «الحاوي» وفي «البحر»: إنه المذهب، وقيل: فيه وجهان.

قال في «البحر»: وإن بانت رجوليته قبل التولية صحت جزمًا، ويشبه أن يكون موضع الجزم ما إذا بانت لا بقوله بمجرده، وأن يكون موضع الوجهين ما إذا ظنه المولي ذكرًا.

فَرْعٌ: أبعد ابن جرير فجوّز تقليد المرأة القضاء مطلقًا، وجوزه أَبُو حَنِيفَةَ فيما يكون شاهده فيه فلو ولاها حنفي على معتقده فحكمت.

قال الإصطخري: ينقض، وخالفه غيره.

قال: (**عَدْلٌ**) لأن الفسق يمنع النظر في مال الولد مع عظيم الشفقة بالنظر في أمر الكافة أولى بالمنع، والعدالة معتبرة في سائر الولايات الشرعية

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٥١، رقم ٢٠٥٣٦)، والبخاري (٦/ ٢٦٠٠، رقم ٦٦٨٦)، والترمذي (٤/ ٥٢٧، رقم ٢٢٦٢)، وقال: حسن صحيح. والنسائي (٨/ ٢٢٧، رقم ٥٣٨٨).

سَمِيعٌ بَصِيرٌ نَاطِقٌ ....

والقضاء من أهمها، وقال الماوردي: لما فسق ضربان:

أحدهما: ما يتعلق بأفعال تتبع فيها الشهوة، فلا يصح تقليده ولا ينفذ حكمه، وإن وافق الحق لفساد ولايته خلافًا للأعم لنا قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] الآية فمنع من قبول قوله فأولى أن يمنع من نفوذ حكمه، ولأن العدالة لما جعله الله تعالى شرطًا في الشهادة فأولى أن يجعلها شرطًا في القضاء.

الضرب الثاني من الفسق: ما اختص باعتقاده لتعلقه بشبهة تناول بها في خلاف الحق، ففي جواز تقلده وجهان، ثم قال: ولو طرأ عليه الفسق بعد الولاية الصحيحة بطلت ولايته بالضرب الأول، وفي بطلانها بالضرب الثاني الوجهان أصحهما هاهنا: لا يبطل، وفي أصل التقليد أصحهما: إنه لا يصح التقليد؛ لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل ولا ينعزل إلا بجرح كامل.

قال: (**سَمِيعٌ**) أي: فلا يصح تقليد أصم لا يسمع أصلًا، فإن كان يسمع إذا صح به جاز تقليده، فإن طرأ عليه الصمم انعزل.

قال في «الذخائر»: وأشار الفوراني إلى جواز تقليد الأصم، وذلك أنه قال: هل يشترط العدد المسمع بأن يكون القاضي؟ وجهان، والوجهان في «الإبانة» و«العمد» وهما في تقييد السمع لا فيمن لا يسمع أصلًا.

قال: (**بَصِيرٌ**) أي: فلا يصح تقليد الأعمى؛ لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب، وحكى الجرجاني فيه وجهًا في «تحريره» وهو في «البحر» ورأيت من نقله قولًا قديمًا، وعجب من ترجيح ابن أبي عصرون له في جزء صنفه في المسألة لما كفَّ نعم، لو كان أعشى - يبصر نهارًا لا ليلًا- جاز تقليده، قاله الماوردي وغيره، وينبغي أن يكون يبصر ليلًا لا نهارًا كالأعمى وإن كان في بصره ضعف بحيث يبصر من قريب فقط جاز تقليده، وإن كان بحيث يرى الإنسان ولا يفرق بين الصور فكالأعمى.

قال: (**نَاطِقٌ**) فلا يصح تولية الأخرس الذي لا يفهم قطعًا؛ لأنه كالجماد،

....

ولا من له إشارة مفهمة على المذهب، وقيل على الصحيح، ونسب الماوردي القول بالجواز إلى ابن سريج والمنع إلى الجمهور، ويشبه أن يكون موضع التردد فيمن طرأ خرسه بعد العلم بأهليته، فإن من ولد أخرسًا يبعد أن يرقى رتبة الاجتهاد، ويظهر أن يقال لا يصح تقليد أعجمي اللسان على عرب لا مترجم عندهم للسان ولا بالعكس، أي: لا يفهم عنهم ولا يفهمون عنه، ثم رأيت الإمام قال: لا يتصور أن يكون القاضي أعجميًا؛ لأن الشرط أن يكون مجتهدًا على المسلك الأصح، ومن ضرورة ذلك أن يكون عليمًا بلغة العرب، انتهى.

وقال صاحب «الانتصار»: فيه وفي غيره، ولا يجوز أن يكون جاهلًا بلغات أهل ولايته؛ لأنه لا يتمكن من الحكم بينهم إلا بمعرفتها، انتهى.

والذي في «الشامل» وغيره عند هذا من المستحاب كما سيأتي، ولعله أراد ما ذكره الإمام دون ما ذكره هؤلاء وسكوت المصنف عن اعتبار كونه كاتبًا يفهم جواز تقليد الأمي الذي يكتب، وهو أصح الوجهين، وصحح الجرجاني اشتراط كونه كاتبًا، وفي «مقنع» الْمحَامِلِيّ أنه الصحيح من المذهب، وصححه في «الانتصار» وجزم به في «التنبيه» و«الإشارة» إلى الأحكام المختارة، وهو المختار بل متعين في هذا الزمان، ولعل محل التردد إن كان موضع فيه من يكتب من أهل العدالة ما يتفق للناس من أهل الحكومات، ونقل الكتب الحكيمات وقبولها ونحوها وإلا لضاعت الحقوق، وتعطّلت كثير من المصالح، قال الروياني: ولا يشترط أن يكون عارفًا بالحساب على المذهب، وصحح ابن الصلاح مقابله وعبارة «الروضة»: وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصحح به المسائل الحسابية الفقهية؟ فيه وجهان، ولم يزد، وبقيت أشياء يأتي ذكرها من بعد.

وما صدرنا به الفرع نقله ابن الرفعة عن ابن شداد كذلك، وعبارته في كتابه.

قال الأصحاب: أجرة المترجم على صاحب الحق؛ لأن بها تم الحق له، وكذلك الكاتب لوثيقة الدين، ومنهم من قال: لا يجب على صاحب الحق كما

كَافٍ ....

لا يجب عليه رزق الحاكم، وهكذا الحكم في المسمع، ثم ذكر قدر الواجب على صاحب الحق على ما سبق، وسيأتي الكلام في آخر أعوان القاضي مبسوطًا إن شاء الله تعالى.

قال: (**كَافٍ**) الكفاية: كلمة جامعة، وهي شرط في صحة كل ولاية، وهي هاهنا: النهضة والقيام بعمل القضاء.

قال الرافعي في عدة شروح: ومنها الكفاية فلا يجوز قضاء المغفل، والذي اختل رأيه ونظره بكبر ومرض ونحوهما.

وعبارة الإمام - الذي أراه أن يضم إلى ما ذكرناه - الكفاية اللائقة بالقضاء، وهي عبارة عن التَّشْمِيرُ والاستقلال بالأمر وموافاة النفس في الحد فيما إليه، وهذا أيضًا من صفات الإمام كالنجدة.

[وقال في «البسيط»: ثم ينبغي أن يضم إلى هذه الخصال: الكفاية اللائقة بالقضاء، وهي من القضاء كالنجدة] من الإمامة، فلا بدّ من رعايتها مع ما يليق بها من المروءة وغيرها، انتهى.

وسبق قول الماوردي: إنه لا يُكتفى بالعقل الذي يتعلق به التكليف. . . إلى آخره، ولا بدَّ مما ذكره وإلا لضاعت الحقوق وكثر العقوق، وقال ابن الرفعة: ولم يفسر الغزالي معنى الكفاية فاعترض عليه صاحب «الذخائر» فقال: إن عُنِيَ بالكفاية استقلاله بالأحكام فقد ذكره في الصفة، وإن عُنِيَ كونه ذا مال فذلك لا يشترط وفاقًا، بل يجوز أن يكون فقيرًا.

قال ابن شداد: ويمكن أن يقال: عُنِيَ بما قاله صاحب «الشامل» وهو أن يكون متثبتًا ذا فطنة ويقظة، لا يولَّى من غفلة، ولا يخدع لغرة، لكن المشكل قوله: لا بدَّ منه، وقد ذكر الأصحاب ما قلناه في فضل الاستحباب، انتهى.

وعندي أن مراد الغزالي وإمامه غير ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وأن مرادهما ولاء الكمال فيما ذكروه من الصفات، وإلا فالخلو عنها جملة تجعله كالعدم وشر من العدم، والله أعلم.

مُجْتَهِدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنْ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ، وَمُجْمَلَهُ وَمُبَيَّنَهُ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ، وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْسَلَ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا، وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنْ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إجْمَاعًا وَاخْتِلَافًا وَالْقِيَاسَ، بِأَنْوَاعِهِ، ....

قال: (**مُجْتَهِدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنْ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ**) أي: ومطلقه ومقيده.

(**وَمُجْمَلَهُ وَمُبَيَّنَهُ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ، وَالْمتَّصِلَ وَالْمرسَلَ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا**) أي: وبذلك يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه [وتقييده] وإجماله وبيانه.

(**وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنْ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إجْمَاعًا وَاخْتِلَافًا وَالْقِيَاسَ، بِأَنْوَاعِهِ**) أي: فيعرف جليه من خفيه، وصحيحه من فاسده، هذا ما يعتبر في المجتهد المطلق.

قال أصحابنا: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، وزاد الغزالي تحقيقات ذكرها في أصول الفقه:

منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب، كذا قاله الرافعي في «الشرح».

زاد في «الروضة»: **قلت**: لا يصح التمثيل بسنن أبي داود، فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه وذلك ظاهر، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع، وكم في «الصحيحين» من حديث حكمي ليس في «سنن» أبي داود، أمَّا ما في كتاب الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرته وشهرته غنية عن التصريح بها، والله أعلم، انتهى.

وهذا الاعتراض والتشنيع على الإمام والغزالي إنما أوجبه قول المصنف بجمع- من غير ياء بعد الميم - وهذا صحيح، وقد سبقه إليه البندنيجي، ولا

....

يُخفى على من عنده أدنى علم ما ذكره، وإنه لم يقع لأحدٍ جمع جميع أحاديث الأحكام في تصنيف؛ لأن ذلك غير ممكن، وليس الاطلاع على جميعها شرط في صحة الاجتهاد.

ومنها: أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، بل يعلم أنه موافق بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن المسالة لم يتكلم فيها الأوَّلون بل تولدت في عصره، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على [قبوله، أو تواترت](١) عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته، وما عدا ذلك ينبغي أن يُكتفى في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عُرف صحة مذهبه في الجرح والتعديل، زاد في «الروضة»: قلت: هذا ما أطبق جمهور الأصحاب عليه، وشذ من شرط في التعديل اثنان، وقوله: تواترت عدالة رواته؛ يعني: مع ضبطهم، ولو قال: أهلية رواته كان أولى؛ ليشمل العدالة والضبط، وقوله: أجمع السلف على قبوله؛ يعني: على العمل به، ولا يكفي علمهم على وقفه فقد يعلمون على وقفه بغيره، والله أعلم.

ومنها: أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون [للحاكم](٢) منصب الاجتهاد في باب دون باب، وعدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد: معرفة أصول الاعتقاد.

وقال الغزالي: وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها، انتهى.

ولم أرَ فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا [من عدَّ](٣) معرفة أصول الدين من شروط الاجتهاد.

---

(١) في الأصل: (قوله أو تولدت).
(٢) في نسخة: (العالم).
(٣) في نسخة: (تعرضًا لعدٍّ).

....

قال ابن الرفعة: قال القاضي أبو الطيب: ولم يرد الشافعي بما سبق أن يكون في كل نوع منها مبرزًا، بل المعتبر من ذلك ما يوصله إلى معرفة الحكم وذلك ممكن، وهذا ما حكاه ابن الصباغ مختصرًا عند الكلام في الاستشارة عن الأصحاب، وقال: إن في ذلك تسهيل على متعلمه الآن، فإنه قد جُمع ودُون، وكلام الروياني قريب منه، انتهى.

وذكر القاضي أبو سعيد الهروي في «الأشراف» شروط المفتي، وعدَّ منها أن يكون ذكيًّا، ثم قال: قالوا: لعل الشافعي أراد أن يعرف الناس ألَّا مفتي سواه، قال: هذه العلوم لا يقف عليها واحد، والجواب: لا فقيه إلا وهو واقف على آيات ذكرت الأحكام فيها، وسنن تعلقت بها، ومن العربية ما يقف به على معانيها، ومن الإعراب ما يميز به بين الفاعل والمفعول، والماضي والمستقبل، والنكرة والمعرفة، والجمع والتثنية والواحد، إن والى تعليق علق وهو حال من هذه المعاني، وأي مفتي أفتى وعلمه غير محيط بها وليس كما قدر، ثم إنه يجب عليه معرفة اللغات العربية وطرق النحاة وأقاويل المفسرين والإحاطة بها، قال: وحد القاضي حد المفتي، وأن يكون حرًّا ذكرًا بصيرًا، انتهى.

وذكر القاضي شريح الروياني نحوًا مما سبق في صفة القاضي، ثم قال: ولا يشترط أن يعلم جميع ذلك حتى لا يخفى عليه شيء منه؛ لأن ذلك لا يمكن، وإنما يعتبر أن يعلم الجمل منه، على وجه يخرج عن حكم الجاهل به إلى أدنى اسم العالم به، ويمكنه البحث والتدبر لا على طريق التقليد، ثم أورد سؤال «الأشراف» وأجاب عنه بما ذكره بحروفه.

وحكى القاضي الروياني في «البحر» في صحة تولية من لا يعرف الحساب وجهين، وقال: إن المذهب الصحة، وذكر القاضي الإمام أبو إسحاق [ابن] أبي الدم الحموي في «أدب [القاضي][(١)]» بعد ذكره نحو ما سبق.

واعلم أن هذه الشرائط يعتبر وجودها في زماننا في شخص من العلماء، بل

(١) في نسخة: (القضاء له).

....

لا يوجد اليوم في البسيطة مجتهد يطلق هذا مع تدوين العلماء كتب هذه العلوم، وسهَّل على الفقيه المتأخر تناول ذلك، وحفظه ودرك الأحكام منه، ومع هذا فليس يوجد في ناحية مجتهد مطلق، بل ولا مجتهد في مذهب إمام واحد تعتبر أقواله وجوهًا مخرجة في مذهب إمامه، وما ذلك عندي إلا أن الله تعالى أعجز الخلائق في هذا، أو حرَّف هممهم عن دركه وبلوغه؛ إعلامًا منه ﷻ عباده بتصرم الزمان وقرب الساعة، وأن ذلك من أشراطها ودلائلها.

وقد قال الشيخ أبو بكر القفال المروزي: المنقول قسمان:

أحدهما: من [جمع] شرائط الاجتهاد فيقضي ويفتي باجتهاده، وهذا لا يوجد.

والثاني: من ينتحل مذهب واحد من الأئمة، الشافعي أو غيره، وعرف مذهب إمامه وصار حاذقًا فيه بحيث لا يشذ عنه شيء من أصول مذهبه ومنصوصاته، فإذا سئل عن حادثة إن عرف لصاحبه نصًّا أجاب، وإلا اجتهد فيها على مذهبه، وخرجها على أصول صاحبه، ويفتي بما أداه إليه اجتهاده، وهذا أيضًا أعزُّ من الكبريت الأحمر.

قال الحموي: فإذا كان هذا قول القفال مع جلالته في العلم، فكيف بعلماء عصرنا الذين لا يقربون من تلك الدرجة؟! ثم ادَّعى أن الوجوه انقطع تخريجها وأصحابها من خراسان بموت أصحاب القفال كالقاضي الحسين، والشيخ أبي محمد، والفوراني، والصيدلاني، والمسعودي، وأبي علي السنجي، ومن العراق بموت أصحاب الشيخ أبي حامد كالمحاملي، والماوردي، وأبي الطيب الطبري.

قلت: وما صدر به كلامه دالٌّ على أنه حمل كلام الأئمة على ظاهره، وإنه لم يقف على ما قدَّمناه عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والروياني، ومن بعدهم من تأويله وصرفه عن ظاهره، ولو وقف على كلام القاضيين شريح والهروي، وقد أدركنا ووُجِدَ قبلنا بزمن قريب [من اتصف] بما حمل من ذكرنا

....

عليه كلام الشافعي والأصحاب في المجتهد، ودعواه أن الوجوه انقطعت بعد موت من ذكره ممنوعة؛ إذ هي دعوى مجردة، بل الإمام والغزالي والبغوي والمتولي، وأضرابهم من المراوزة، وصاحبا «الشامل» و«المهذب» و«الشافي» ونحوهم من العراقيين منهم؛ لاتصافهم بما اعتبر في صاحب [الوجه في المهذب][١]، وقد صرَّح بذلك في بعضهم أبو عمرو بن الصلاح وغيره، بل الإمام والغزالي فيما يغلب على الظن أجلُّ من كتب فيمن عُدت مقالاتهم وجوهًا في المذهب، وكم من اختيار الإمام والغزالي والبغوي ونحوهم جزم به الإمام الرافعي أو رجحه.

ثم قال ابن أبي الدم: قال الأصحاب: المجتهد في مذهب واحد هل له أن يقضي أو يفتي؟ فيه وجهان، انتهى.

وهذا غريب، وقضاة الأصحاب كلهم من هذا الطرف.

فَرْعٌ: ذكر جماعة من أصحابنا استحباب صفات في القاضي كسلامة أطرافه، ونهجة صورته، وزيادة ورعه وذكائه وتقواه، وحسن الأحدوثة عنه، وخلوه عن الشبه في الاعتقادات، وتضلعه من علم الشروط والأقضية، فإنها أمور وراء الفقه واستمداده من علم الأدب المانع من اللحن والسقطة، وكذلك كما قال بعضهم: حسن الحظ، واتصافه بكل صفة جميلة تزيده هيبة في النفوس وعظمة في القلوب، وخلوه من كل ما ينقص قدره ومنزلته في أفعاله وأقواله.

قال الرافعي: والأولى أن يكون قرشيًا، ورعاية العلم والتقى أولى من رعاية النسب.

وفي «الشامل» وغيره: ويستحب أن يكون القاضي مع ما ذكرناه من الشرائط حليمًا متثبتًا ذا فطنة ويقظة، لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة، صحيح حاستيْ السمع والبصر، عالمًا بلغات أهل ولايته، جامعًا للعفاف، نزِّهًا بعيدًا من الطمع، توَّبًا من الشحناء، صدوق اللهجة، ذا رأي ومشورة، إذا وعد

(١) في نسخة: (الوجوه في المذهب).

فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَة.

وفى، وكلامه لين، وعليه سكنية وهيبة ووقار.

حُكي أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ رضي الله عنه وَلَّى أَبَا الْأَسْوَدِ الدُّؤَلِيَّ الْقَضَاءَ سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ ثُمَّ عَزَلَهُ، فَقَالَ لَهُ: لِمَ عَزَلْتَنِي! فَوَاللهِ، مَا خُنْتُ وَلَا جَنَيْتُ، قال: بَلَغَنِي أَنَّ كَلَامَكَ يَعْلُو كَلَامَ الْخَصْمَيْنِ، وسيق في كلام بعض الأصحاب [عدّ بعضهم] مما سقناه من الذكاء والفطنة، والعلم بلغات أهل عمله من الشروط لا الآداب.

وقال الشافعي رحمه الله: واجب ألَّا يكون القاضي جبارًا عنوفًا ولا ضعيفًا مهينًا.

قال الأصحاب: [وينبغي أن يكون وسطًا بين الرجلين كما قال بعض السلف] وينبغي أن يكون شديدًا من غير عنف لينًا من غير ضعف؛ لأن الجبار يهابه الخصم فلا يستوفي في حجته، والضعيف يطمع فيه الخصم فيبسط لسانه.

وقد روي عن عمر رضي الله عنه: لقد هممّت أن أنزع هذا الأمر من هؤلاء، وأضعه فيمن إذا رآه الفاجر فزع منه، وروي فرق منه، ذكره في «البيان» وهذا متأكد في هذا الزمان، ويكاد أن يتعين وإلا لكثر العقوق وضاع على الضعفة الحقوق، وتجرأ أهل العدول والفسوق كما هو مشاهد مرموق، وقد جاء عن سعيد بن المسيب رحمه الله: لا بدَّ أن يكون القاضي صارمًا يقولها ثلاثًا.

قال: **(فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ)** قال الرافعي: إن علم الإمام فيمن يوليه الصفات المشروطة، فذاك وإلا بحث عن حاله، كما اختبر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذًا، ولو ولي من لم يجتمع فيه هذه الصفات [أي:] التي تقدم اعتبارها في القاضي على علم بحالة توجه الجرح على المولِّي والمولَّى، ولم ينفذ قضاؤه بصواب ولا خطأ، هذا هو الأصل في الباب.

وقال في «الوسيط»: لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا؛ لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو

....

[شوكة][(١)]، وإن كان جاهلًا أو فاسقًا كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده إنَّا ننفذ قضاء قاضي أهل البغي لمثل هذه الضرورة وهذا حسن، لكن في بعض الشروح: إن قاضي أهل البغي إذا كان منهم نظر إن كان بغيهم لا يوجب الفسق كبغي أصحاب معاوية جاز قضاؤه، وإذا وجب كبغي أهل النهروان لم يجز، وذكر أن القاضي العادل إن استقصاه أمير باغ أجابه إليه، فقد سئلت عائشة ـ رضي الله عنها ـ عن ذلك لمن استقصاه زيادة، فقالت: إن لم يقضِ لهم خياركم قضي لهم شراركم، انتهى.

وما ذكره من توجه الجرح يجب أن يكون محله عند وجود المتصف بالأهلية، وهذا لا ريب فيه، وإن لم يقل بما قاله الغزالي على الإطلاق، نعم يقع النظر هنا في اعتبار الأمثل فالأمثل والوجه اعتباره، وإن جوزنا في المجتهدين تولية الفاضل مع وجود الأفضل.

وقوله: مع علم بحاله قد يفهم منه أنه مع الجهل به ينفذ قضاؤه وليس بمراد، بل هما سواءً إلا في الإثم إذا لم يقصر ودلس عليه، وقول الغزالي: وإن كان جاهلًا لعل مراده المقلد، والأصوليّون يسمون المقلد جاهلًا، لا أنه أراد الجاهل الصرف.

وقوله: وفي بعض الشروح هو مشهور في بعض كتب المذهب ذكره، وذكرناه عنهم في «الغُنية» في كتاب البغاة، إذا عرفت هذا فاعلم إن ما في «الوسيط» لم يسبقه إليه أحد - فيما نعلم - في الفاسق في دينه وأمانته، ولا ذكره هو في «بسيطه» ولا إمامه في «نهايته» وقد انتقده عليه كثيرون من المتأخرين.

قال ابن شداد: ما ذكره الغزالي لم أجده لغيره، وقال ابن أبي الدم: لا تصح ولاية الفاسق، ولا ينفذ حكمه، ولا يقبل قوله؛ لأنه لا تقبل شهادته فرد حكمه أولى، فلو ولاه الإمام أو نائبه أو ذو الشوكة وحكم بين الناس على

---

(١) في نسخة: (سلولة).

....

فسقه لم تنفذ أحكامه قطعًا لا شك فيه لا يعرف فيه خلافًا وبه قطع العراقيون والمراوزة إلا الغزالي، فقال: كذا فلا أعلم أحدًا نقله غيره مع تصفح شرح المذهب والمصنفات فيه، انتهى.

وقال ابن الصلاح في «مشكل الوسيط»: وما ذكره من تنفيذ أحكام الفاسق أو الجاهل إذا ولاه السلطان للضرورة [تنفذ] كما ينفذ قضاء أهل البغي للحاجة، هذا خلاف ما قاله غيره، فإن المنقول في «تعليق» القاضي [الحسين] وغيره: إنه لا تنفذ أحكامه وإن ولاه الإمام، وأمَّا ما احتج به من قضاء أهل البغي ففي «التهذيب» وغيره أنهم إذا ولوا قاضيًا غير عدل لم تنفذ أحكامه، نعم ما ذكره توجه بإجماع الأمة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من ولوا غير أنه يورد عليه ما إذا ولى السلطان قاضيًا كافرًا، فإنه لا ينفذ أحكامه مع وجود الضرورة وإن ارتكب وطرد فقد أُبعد، والله أعلم، انتهى.

وقال صاحب «الانتصار»: لا يجوز أن يكون القاضي فاسقًا، خلافًا للأصم لنا أنه إذا [لم يكن][(١)] مفتيًا ولا شاهدًا فلأن لا يكون حاكمًا ملزمًا أولى، انتهى.

ورأيت في «الكافي» للشيخ مظهر الدين الخوارزمي: وشرائط أهلية القضاء ثمانية وهي: أن يكون رجلًا مسلمًا حرًّا مكلفًا عدلًا مجتهدًا سميعًا بصيرًا، ثم قال: ولو أن المتغلب على إقليم نصب قاضيًا غير عالم أو غير عدل والناس غير قادرين على دفعه فهل تنفذ أحكامه وقضاياه من تزويج الأيامى والتصرف في أموال اليتامى؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا، كما لو نصب صبيًا أو عبدًا وطريق المسلمين التحاكم إلى من هو أهل للقضاء في حوادثهم، فإن لم يجدوا أهلًا للقضاء نفذت أحكامه لمكان الضرورة.

والثاني: تنفذ لمكان الضرورة لئلا تتعطل على المسلمين أحكامهم ولا

---

(١) في نسخة: (لم يوجد أن يكون).

....

تضيع الأيامى وأموال اليتامى، وفي التحاكم إلى غيره فتنة، انتهى.

وهذا من تفقهه، ولعله أخذ كلام الغزالي وغيره وتصرف فيه بما أبداه، ورأيت في «الاستذكار» لأبي فرج الدارمي: القضاء فرض على الكفاية، فإذا قام به أهل العلم والأمانة والستر والصيانة سقط عن غيره، وإن ولِّي من ليس بأهل فعلى كل واحد عزله وتولية غيره، فإن لم يقدروا قضى [بهم أي لهم][(١)] هذا لفظه، وهو مؤيد لما قاله الغزالي، وممن وافق الغزالي ابن عبد السلام إذ لا بدَّ للناس من قضاة، نعم، يجب تولية الأمثل فالأمثل.

تنبيهات وفروع:

أحدها: قيل: هل مراد الغزالي بالجاهل المقلد أو أعم منه؟

قلت: الذي فهمه الشيخان الأول، ولذلك عبَّرا به في «المحرر» و«المنهاج» وفي «زيادة الروضة» وقد جزم الرافعي في «المحرر» بما ذكره الغزالي، وقال في كلامه على ألفاظ «الوجيز» وقوله: الجاهل والمقلد لا ضرورة إلى الجمع بين اللفظين، فإنه لو اقتصر على المقلد كتناول العامي الصرف وغيره، بل أهل الأصول يجعلون المقلد كيف كان جاهلًا ويخصون في اصطلاح الباب اسم العالم باسم المجتهد، وإذا جمع بينهما، فكأنه أراد بالجاهل العامي الصرف، وبالمقلد الذي حصَّل شيئًا من العلم ولم يبلغ رتبة الاجتهاد، انتهى.

قلت: لكن المقلد لم ينفرد الغزالي بذكره، بل ذكره القفال وغيره والإجماع الفعلي عليه من أتباع [المذهب][(٢)]، وهذا مما يبعد إرادة الغزالي أتباع المذهب الواقفين معها، اللهم إلا أن يريد بالمقلد الجاهل الصرف المعتزي إلى مذهب إمام من غير تبحر فيه، وبالجاهل الذي انتحل مذهبًا وطرفًا منه كما سيأتي من غير فهم ولا دراية، وهو كمن لم ينتحل مذهبًا ولا عوَّل على

(١) في نسخة: (قضى لهم أي بهم).
(٢) في نسخة: (المذاهب).

....

رأي مجتهد ألبتة، وهذا بعيد ولا أحسب أحدًا منا يقول بنفوذ أحكام هذا كما هو قضية كلام «المحرر» و«المنهاج» وجميع الكتب.

وفي «الحاوي»: إن القاضي المعتزي إلى مذهب إمام كالشافعي وأبي حنيفة لا يجوز له تقليد صاحب مذهبه بل يعمل على اجتهاد نفسه، وإن خالف مذهب من اعْتَزَى إليه، وقال بعض الفقهاء وساعده بعض أصحابنا: لا يجوز لمن اعْتَزَى إلى مذهب أن يحكم بغيره، وأوجبوا على كل منتحل لمذهب أن يحكم بمذهب صاحبه، وهذا وإن كان الرأي يقتضيه فأصول الشرع تنافيه، وقال أصحاب أبي حنيفة: الحاكم مخيَّر بين أن يحكم باجتهاد نفسه، أو باجتهاد من هو أعلم منه [من أهل عصره] أو بمن اعْتَزَى إلى مذهبه، انتهى.

وهذا عجب وما الدليل على هذا التشهي.

ثانيها: هل يفترق الحال في تنفيذ أحكام الفاسق بين كون من ولاه عالمًا بفسقه أم لا؟ [وهل الفسق الطارئ منه لا أثر له في نفوذ أحكامه؟ وهل يقال: إن ولاية هذا والجاهل انعقدت أم لا؟] وإن نفذت أحكامه للضرورة وما حكم من ولاه القاضي الكبير بالإقليم في النواحي والقرى الكبار من الفساق والجهال، هل نفوذ أحكامهم كنفوذ من ولاه ذو الشوكة أم لا؟ ويفرق بما يخشى من سطوته وبأسه بخلاف القاضي الكبير غالبًا كل هذه [الصور][1] محتملة.

وقد أطلق الرافعي القول بأنه إذا استخلف من لا يصلح للقضاء أن أحكامه باطلة، ولا يجوز إنفاذها، وهل يجب على المدعو إلى مَنْ هذه حاله في نفس الأمر أن يجيب إلى المحاكمة إليه باطنًا ويأثم بعدم الإجابة؟ في النفس من هذا حزازة، وصرَّح ابن عبد السلام في «قواعده» بصحة الولاية لمن تقدم ذكره كما حكيته عنه في شهادات «الغنية».

ثالثها: إذا قلنا: لا يجوز تولية الفاسق وأعرضنا عن طريقة الغزالي، قال ابن أبي الدم: فلا بدّ من القطع بتولية من اتصف بصفة العلم في مذهب أحد

---

(١) في نسخة: (الضرورة).

....

الأئمة، وهو أن يكون عارفًا، بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقاويله المخرجة وأقاويل أصحابه عالمًا بذلك، جيد الذهن، سليم الفطرة، صحيح الفكرة، حافظًا للمذهب، صوابه أكثر من خطئه، مستحضرًا لما قاله أئمته، قادرًا على استخراج المعاني المفهومة من الألفاظ المنقولة، عارفًا بطرق النظر وترجيح الأدلة، قيَّاسًا، فهمًا، فطنًا، قادرًا على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها وإقامتها على الأحكام المختلف فيها، متمكنًا من ترجيح الأدلة بعضها على بعض، فالمتصف بهذه الصفات هو الذي تصح توليته القضاء في زماننا هذا ولا أقل من ذلك، ويجب القطع بنفوذ أحكامه وصحة تقليده وقبول فتواه، ثم ينبغي أن يضم إلى ما ذكرناه من الشروط وفاقًا وخلافًا الكفاية اللائقة بالقضاء.

وذُكر ما سبق عن الإمام، وما ذكر ـ رحمه الله ـ أنه لا أقل منه، فالمتصف به نادر أو معدوم في وقتنا، وأفضل من يتصدر فيه للقضاء فيه من قرأ مختصرًا مذهبنا، ويفهم بعض مسائله أو أكثرها، وصارت له ملكة أن ينظر عليه في المبسوطات، ويفهم منها الواضحات وبعض الخفيات، والمتصف بهذا أفراد يشار إليهم، وقد قال الصيمري في شرح «الكفاية» بعد ذكره الشروط السابقة: فإذا جمع هذه الآلات وحاز هذه الأدوات صلح أن يكون قاضيًا، وجاز أن يستقضى، فأمَّا الرجل من العامة يقلد العلماء ويحكم، أو يعمل على كتاب أو صحيفة فلا يصلح أن يكون قاضيًا، ومتى قضى وحكم فمردودة أحكامه، هذا مذهب الشافعي، انتهى.

رابعها: خطر ببالي ولم أره نصًّا أنه إذا أراد الإمام أو القاضي الكبير أن يولِّي قاضيًا أو نائبًا في عمله أنه لا يجوز له تولية المفضول، ويلزمه أن يولِّي الأمثل فالأمثل؛ لأنَّا إن أوجبنا تولية الأفضل فواضح، وإن قلنا: لا يجب وتصح تولية الفاضل مع وجود الأفضل فذاك إنما ذكروه في المجتهدَيْن اللّذين اجتمعت فيهما شروط الأهلية، ولكن أحدهما أكمل، وأمَّا ما نحن فيه فليس كذلك بل موضع ضرورة، فيجب مراعاة الأصلح فالأصلح؛ تخفيفًا للمفسدة ما أنكر هذا متعين عندي، ثم رأيت الرافعي قال: وفي «الوسيط»: إن المقلد

....

إذا كان مجتهدًا في المذهب وجب تقديمه للقضاء على من لم يبلغ رتبة الاجتهاد في المذهب، انتهى.

وهذا مؤيد لما ذكرناه، بل ما نحن فيه أولى باعتبار تقديم الأقل جهلًا.

خامسها: في تفسير الماوردي اختلف الناس في جواز الولاية من قِبل الظالم على قولين: أحدهما: الجواز، والثاني: المنع، والأصح أن يفضل فيقال ما يتولاه من جهته ثلاثة أقسام:

أحدها: ما جوز لأهله فعله من غير اجتهاد في تنفيذه كالصدقات والزَّكَوَاتِ فيجوز توليته من جهته؛ لأن النص على مستحقيه أغنى عن الاجتهاد فيه؛ لجواز انفراد أربابه به.

والثاني: ما لا يجوز أن ينفردوا به، ويلزم الاجتهاد في مصرفه كأموال الفيء فلا يجوز توليته من جهته.

والثالث: ما يجوز أن يتولاه أهله وللاجتهاد فيه مدخل كالقضايا والأحكام، فإن كان تنفيذ الحكم بين متراضيين؛ جاز، وإن كان إلزام إجبار؛ لم يجز، انتهى.

وسبق أن العادل إذا استقصاه أمير باغٍ أجابه، وما روي عن عائشة فيه وهو المختار، بل الصواب والمختار في الجميع الجواز ما لم يحمل المولِّي من ولاه على مخالفة الشرع، وقد تولى الزياد والحجاج ونحوهما جماعات من سادات التابعين، وقسموا الغنائم والفيء والزَّكَوَاتِ وقضوا بين الناس، وعلى ذلك جرى الناس في سائر الأعصار.

سادسها: لو استولى- والعياذ بالله - على إقليم من دار الإسلام الكفار فولوا القضاء رجلًا مسلمًا، قال ابن عبد السلام في «القواعد»: الذي يظهر إنفاذه، قال: ولو ابتلينا بولاية امرأة أو صبي؛ يعني: الإمامة العظمى، فولَّى قاضيًا ففي نفوذه وقفة، انتهى.

وما ذكره في تولية الكفار قاضيًا يؤيد ما اخترناه في مسألة الماوردي، وما

....

ذكره في تولية المرأة والصبي القضاة، فانعقاد الولاية منهما بعيد، ولكن لو ولّوا وحكموا ففي عدم نفوذ أحكام القاضي إذا كثرت وطالت المدة نظر، ويقرب من هذا تصرفات الغاصب إذا كثرت هل يتبع بالنقص؟ ومسألتنا أولى بالمنع؛ لعموم التصرفات وتعسر أو تعذر التتبع، نعم إذا استقام الحال كان هذا القاضي معزولًا حكمًا فلا ينفذ له تصرف إلا بولاية مستجدة بشرطها، وهل يسوغ بعد استقامة الحال تنفيذ ما سلف من أحكامه في حالة الضرورة أو لا؟ هذا محل نظر، والظاهر المنع وفيه وقفة.

سابعها: إذا لم يجد من يتولى القضاء إلا فقيهًا فاسقًا أو عاميًّا دنيًا وجوَّزنا للضرورة، فعن الشيخ عز الدين وغيره إنَّا نقلد الفاسق الفقيه؛ لأنه يعلم ما يأتي وما يذر، وعن غيره إنَّا نولي الآخر؛ لأن دينه وورعه يحمله على ألَّا يدخل في حكم باطل، بل إنما يحكم على بصيرة واسترشاد ويشبه أن يفصل، فإن كان فسق الفقيه فيما بينه وبين الله فتوليته أولى وفسقه على نفسه وقوته وعلمه للمسلمين، وإن كان فسقه فيما يتعلق بالأحكام من الظلم والجور والرِّشَا وأكل أموال الوقوف والأيتام فتولي الجاهل العفيف، وعليه ألَّا يحكم إلا بعد تعرف الحكم ولو باستفتاء كما جوزه الحنفية، وهذا كلام مصلحي خارج عن سنن القياس دعت إليه الضرورة، وحاصله إن من كان منهما أخف ضررًا وفسادًا نُصِّب ما دامت الضرورة ماسة، فإذا وجد من هو أمثل منه أو أهل وجب صرفه ونصبه قطعًا.

ثامنها: قال الرافعي: من لا تقبل شهادته من أهل البدع لا يجوز تقليده القضاء، قال الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بأخبار الآحاد، وكذا القول في قضاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلًا بل يتبعون النصوص، فإذا لم يجدوا أخذوا بقول سلفهم، وإن كانوا يجتهدون في [فحوى][١] الكلام ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتها ففي تقليدهم وجهان، زاد

(١) في نسخة: (مجرى).

....

الرافعي وتبعه الشيخ، الأظهر: جوازه، ولم يرجح الماوردي شيئًا، وفي الترجيح نظر لما سبق في شروط المجتهد، وأطبق عليه الأصحاب أن منها أن يكون عالمًا بالقياس وأنواعه، فمن لا يقول به فهو مخل بشرط من شروط الاجتهاد، وأيضًا فقد ذكر المصنف في مواضع: إن الأصح أنه لا يعتد بخلاف أهل الظاهر، وقال القاضي الحسين في «فتاويه»: لو أوصى للفقهاء لم يصرف إلى من يعتقد مذهب داود والظاهرية؛ لأن الفقه معنى الكلام، ومن لا يقول به لا يكون فقيهًا، وقال الإمام في كتاب السرقة: وقد ذكرنا في مواضع من الأصول والفروع أن أصحاب الظاهر ليسوا من علماء الشريعة، انتهى.

تاسعها: قال الرافعي: [لا يجوز للمجتهد أن يقلد][1] لضيق الوقت ولا غيره.

وقال ابن سريج فيما حكاه عنه ابن القاصّ: يجوز له عند ضيق الوقت للعمل به ولا يجوز ليفتي به غيره، وقياس ذلك: ألَّا يجوز القضاء بطريق الأولى.

وفي «الشامل» و«التهذيب»: طرد قول ابن سريج في التقليد في القضاء، وصوَّر ضيق الوقت فيه فيما إذا تحاكم إليه مسافران والقافلة ترحل، ومن قال به ينبغي أن يطرده في الفتوى، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن القاضي لو لم يصل إلى حكم الحادثة باجتهاده في جواز تقليده فيها وجهان: **أحدهما**: قاله ابن سريج: يجوز أن يقلد فيها للضرورة، وقال أبو إسحاق: لا يجوز، ويستخلف عليها من يحكم باجتهاده إن ضاق وقت الحادثة؛ لأن الحاكم ملزم فلا يجوز أن يلتزم ما لا يعتقد لزومه، انتهى وهذا هو المذهب.

عاشرها: قال ابن عبد السلام في كتابه «القواعد»: تصحيح ولاية الفاسق مفسدة لما يغلب عليه من الخيانة في الولاية، لكنا صححناها في حق الإمام الفاسق والحاكم الفاسق لما في إبطال ولايتهما من تفويت المصالح العامة،

---

(١) في نسخة: (لا يجتهد التقليد).

وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ، ....

ونحن لا ننفذ من تصرفاتهم إلا ما ينفذ من تصرف الأئمة المقسطين والحكَّام العادلين، قال: وإذا تفاوت الحكام في الفسوق قدَّمنا أقلهم فسوقًا، ولو فاتت العدالة في شهود الحاكم فهذا فيه وقفة من جهة أن مصلحة المدعي معارضة لمفسدة المدعى عليه، والمختار أنها لا تقبل؛ لأن الأصل عدم الحقوق المتعلقة بالذمم والأبدان، والظاهر مما في الأيدي أنه لأربابها، انتهى.

وقد ذكرت في شهادات «الغنية» في ذلك بحثًا فراجعه.

قال: **(وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ)** هذه الولاية تصدر من أصل وفرع.

أمَّا الأصل: فهو الإمام وتولية القضاة في بلاده فرض عين عليه إمَّا بنفسه أو بمن يأذن له فيه، لكن لو رُد الأمر إلى أمراه حتى يولِّي قاضيًا لم يجز؛ لأنه إذا لم يصلح للقضاء لم يصلح أن يوليه غيرها، ولو رُد إليها اختيار قاض جاز؛ لأنه عمل اجتهادي فلم يمنع منه الأنوثة كالفتوى قاله الماوردي، وقد يؤخذ من توجيه المنع أنه لا يصح رد الأمر في التولية إلى رجل ليس بأهل وفيه نظر، وقد يفرق بأنه من نوع من يليه بخلاف المرأة، وهذا قضية قول «التهذيب».

أمَّا إذا جعل التولية إلى ولي الإقليم وهو غير صالح القضاء جاز؛ لأنه سفير، ويكون متوليًا من جهة الإمام، وهل لوالي الإقليم أن ينصب فيه القضاة مطلق ولايته، كلام القاضي الحسين يقتضي ذلك، ولعل عرف زمانهم اطرد به أو كان يصرَّح به في عهودهم، وأمَّا في وقتنا فيظهر أنه لا يجوز له ذلك إلا بتفويض صريح من الإمام أو ما يقاربه إذ لا بدَّ من قرينة لفظية أو عرفية أو نص صريح.

وعبارة البغوي: لا يتولى أحد القضاء إلا بتولية الإمام أو بتولية من فوَّض إليه الإمام أي التولية، وعلى كل تقدير لا بدَّ أن يكون المولي عالمًا بتكامل شروط القضاء فيمن يوليه يقع العقد صحيحًا، فإن عرف تكاملها جاز اعتماد علمه فيه.

فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ، ....

قال ابن شداد: وإن كان عنده جماعة يصلحون وعرفت عدالتهم وصلاحهم قلد من رآه منهم، وإن لم يعرف ذلك جمعهم وناظر بينهم وسألهم، فإذا علم المجتهد منهم بحث عن عدالته، فإذا ثبت ولاه.

قال شريح الروياني وغيره: ويستحب مشاورة أهل الحل والعقد من الرعية لاختيار واحد للقضاء، وألَّا يقلد من يكرهونه، قال: فإن قلد جاز، وإن اختلفوا فالأولى: ألَّا يقلد من يكرهه أكثرهم، انتهى.

وإن لم يعرف حاله سأل عنه، فإن استفاض الخبر بتكامل الشروط فيه فذلك أوكد من الشهادة، قاله الماوردي، وإن لم يستفض الخبر به جاز أن يقتصر على شهادة عدلين بتكامل شروط القضاء فيه، ثم يختبره المولى ليتحقق باختباره صحة معرفته، وهل يكون اختباره بعد الشهادة واجبًا أو مستحبًا؟ فيه وجهان، إن لم يشهد بتكامل الشروط فيه اثنان كان التقليد باطلًا، وإن علمها فيه بعد ذلك لوقوع التقليد مع الشك، وسبق الكلام فيما إذا خلا الوقت عن إمام فنصب أهل البلد لهم قاضيًا، ويظهر أن البلد الشاسع الذي لم يتصل به نظر الإمام حكمه حكم خلو العصر.

وأمَّا الفَرْعُ: فهو القاضي المنصوب من جهة الإمام، وهذه صورة الكتاب، فيستحب للإمام إذا ولى قاضيًا أن يأذن له في الاستخلاف؛ ليكون أسهل عليه وأقضى إلى فصل الخصومات، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة وكثرة الرعية واتساع العمل.

قال: (**فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ**) أي: لم يجز له ذلك؛ لأنه لم يرض بنظر غيره، فإن كان ما فوَّضه إليه أكثر مما يمكنه القيام به، ففي «الشامل»: إن القاضي أبا الطيب جعل وجود النهي كعدمه والأقرب أحد احتمالين: إمَّا إبطال التولية، وحكى عن ابن القطان: أو اقتصاره على ما تقدم وعليه وترك الاستخلاف، ورجحه المصنف.

وقال ابن الرفعة: إنه المشهور، قالا: وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف

فَإِنْ أَطْلَقَ اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَا غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

العام، أمَّا في الأمور الخاصة كتخليف وسماع نيته، فمنهم من جعله على الخلاف، وهو قضية إطلاق الأكثرين، وعن القفال القطع بجوازه؛ لأن القاضي لا يستغنى عنه، وهو جار مجرى التوكيل.

قلت: وصححه في «التهذيب» و«الكافي» وهو المختار إلا أن ينص الإمام على المنع منه، ويحمل إطلاقه المنع على الاستخلاف العام إذ هو المفهوم من ذلك.

قال: **(فَإِنْ أَطْلَقَ)** أي: التولية.

(اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَا غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ) قال الرافعي: إذا أطلق نظر إن كان ما فوَّضه إليه مما يمكنه القيام به كقضاء بلدة صغيرة، فأصح الوجهين: إنه ليس له الاستخلاف، وإن لم يمكنه القيام بما فوَّض إليه كقضاء بلدتين فصاعدًا، أو قضاء بلدة كبيرة فله أن يستخلف؛ لأن قرينة الحال مشعرة بالإذن، وشبهوه بما إذا دفع متاعًا إلى إنسان ليبيعه وهو [ممن لا يعتاد][1] الطواف بالأمتعة والنداء عليها، فإنه يكون إذنًا له في دفعه إلى من يقوم بذلك، ثم فيم يستخلف أفي القدر الزائد على ما يمكنه القيام به أم في الكل؟ فيه وجهان: أصحهما الأول؛ لأن ذلك القدر هو المعلوم من القرينة، والقياس فيما إذا أذن له في الاستخلاف أن يكون في القدر المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرَّح بالإذن في الكل، وقطع القاضي ابْن كَجٍّ: بأنه عند الإذن المطلق يستخلف في الكل.

قلت: وبه صرَّح الدارمي وغيره، وهو قضية كلام كثيرين وإطلاق الأكثرين.

وقال الماوردي: فإن أذن جاز وله أن يستخلف سواء قل عمله أو كثر، لكنه إن قلَّ وقدر على مباشرته بنفسه [كان في الاستخلاف مخيَّرًا، وإن كثر ولم يقدر على مباشرته بنفسه] كان الاستخلاف عليه واجبًا، انتهى.

(١) في نسخة: (ممكن الانقياد).

....

تتمات وفروع:

منها: حُكي في «الوجيز» عند الإطلاق ثلاثة أوجه: الثالث: يستخلف إن اتسعت الخِطّة وإلا فلا، واستغرب الرافعي نقل وجه مطلق مع اتساع الخِطّة والتعذر، وقال: الذي ذكره الأئمة جواز الاستخلاف كما بيَّنا، ثم حاول إثباته من الخلاف المذكور في الوكيل، وقد صرَّح الإمام بنقل الأوجه كما في «الوجيز» وصرَّح بها الماوردي والهروي وشريح الروياني والقاضي الحسين وغيره من المراوزة، ونسب الماوردي الثالثة إلى جمهور البصريين، وقيَّد الزبيلي ذلك بما إذا علم الإمام أنه لا يقدر على الحكم في الجميع، وهو حسن وسبيله مراجعة الإمام كما سيأتي.

ومنها: قال ابن شداد: إذا عجز القاضي عن النظر في جميع العمل لسعته لزمه تقليد من ينوب عنه فيما عجز عنه، ثم إن كان بعيدًا عن الإمام صار التقليد عليه فرض عين، وإن كان [قريبًا منه صار فرض] التقليد مشتركًا بينه وبين الإمام، فإن قلَّد القاضي كان نائبًا عنه فيما ولاه، وإن قلَّد الإمام كان عزلًا للقاضي فيما قلَّده إياه إلا أن يصرَّح في الولاية بأنه قلده نائبًا عن القاضي، هكذا نقله الماوردي.

ومنها: إذا أذن له في الاستخلاف، فهل يكون الخليفة نائبًا عنه أو عن الإمام؟ سنتكلم عليه عند الكلام في العزل والانعزال إن شاء الله تعالى.

واعلم أن ما سبق من أن قرينة الحال مشعرة بالإذن إنما يتضح إذا كان الإمام عالمًا باتساع العمل، أمَّا لو جهل ذلك وظن أن من نصَّبه يمكنه القيام بقضائه من غير خليفة ففيه وقفة للمتأمل.

ومنها: قال ابن شداد: إذا مرض القاضي أو أراد أن يغيب عن البلد لشغلٍ جاز أن يستخلف وجهًا واحدًا ذكره في «التهذيب» انتهى.

وهذا الفرع ذكره البغوي إثر كلامه على الإطلاق، وإن أصح الوجهين: أنه لا يجوز أن يستخلف فيما يمكنه القيام بنفسه، ثم قال: أمَّا إذا مرض القاضي أو

....

أراد أن يغيب عن البلد لشغلٍ جاز له أن يستخلف وجهًا واحدًا، والظاهر: أن هذا الاستثناء من الخلاف إنما هو في حالة الإطلاق، أمَّا في حالة النهي عن الاستخلاف، فالظاهر أنه لا يجوز على المشهور مطلقًا، بل طريقه عند العجز لمرضٍ أو إرادة سفر أن يرفع الأمر إلى الإمام؛ ليأذن له فيه أو يستخلف.

ومنها: ذكر شريح بعد ذكره الأوجه الثلاثة السابقة، وإن جعل إلى رجل التزويج والنظر في أمر اليتامى لم يكن له أن يستنيب غيره؛ يعني: قطعًا، وإنما محل الخلاف في القاضي العام الولاية، وقياسه أنه لو فوَّض إليه القضاء في قضية أو قضايا، وأطلق أنه لا يستنيب فيها قطعًا.

ومنها: إذا ولي القاضي الكبير كقاضي الشام مثلًا قاضيًا في بلده هل يكون حال هذا القاضي في الاستخلاف وعدمه كما سبق في قاضي الإمام عند الإطلاق؟ لم أر فيه شيئًا، ويشبه أن يكون هذا بمنزلة الوكيل، فما جاز له جاز لهذا وما لا فلا، ويفرق بقوة ولاية منصوب الإمام؛ لأنه ليس بنائب له، ولهذا لا ينعزل بموته وانعزاله بخلاف خليفة القاضي الكبير.

ومنها: إذا أطلق الإمام التولية وجوزنا الاستخلاف فنهاه بعد ذلك، قال ابن أبي الدم: ينبغي أن ينبني على انعزال القاضي بالعزل، إن قلنا: نعم فعليه أن ينتهي، ولا يجوز له أن يستخلف، وإن قلنا: لا ينعزل فهذا فيه نظر عندي وما عده إلا أنه يقتضي أنه متى نهاه ابتداءً أو دوامًا لا يجوز له الاستخلاف، انتهى.

وهذا هو الوجه أمَّا عند التمكن من القيام بالجميع فلا شك فيه، وأمَّا عند العجز عن البعض فهو الظاهر.

ومنها: قال الماوردي: فيما إذا كان قد نهى عن الاستخلاف يلزم القاضي عند كثرة تحمله أن يعلم الإمام بعجزه عن النظر في جميعه؛ ليكون الإمام بالخيار بين أن يأذن له في الاستخلاف أو يصرفه عمَّا عدا المقدور عليه ويولِّي فيه، والثاني أولى ليكون هو [المولى][1] للاختيار، فإن لم يعلم الإمام أو

(١) في نسخة: (المتولي).

....

أعلمه ولم يأذن له في شيء نظر إن كان ما ولاه مصرًا كثير السواد؛ يعني: الأعمال البرانية والقرى كالبصرة كان نظره مختصًا بالبلد اعتبارًا بالعرف، فإن استعداه أحد على أهل السواد، فإن كان دون مسافة القصر لزمه إحضاره، وإن كان على مسافة القصر فأكثر ففي وجوب إحضاره وجهان، وإن كان العمل مشتملًا على مصرين متباعدين كالبصرة وبغداد فهو بالخيار في النظر في أيهما شاء، فإذا نظر في أحدهما ففي انعزاله عن الآخر وجهان محتملان:

أحدهما: قد انعزل عنه لتعذر حكمه فيه بالعجز فصار كتعذر حكمه بآفة [سماوية].

والثاني: [لا] ويكون باقي الولاية عليه لصحة الولاية عليهما مع العجز عنهما، فعلى هذا يجوز أن ينتقل من أحدهما إلى الآخر، ولا يجوز ذلك على الوجه الأول.

قلت: وفي صحة ولايته عليهما المقرونة بالنهي عن الاستخلاف نظر، ويشبه أن يقال على الثاني يلزمه المناوبة بينهما في الحكم كشهر وشهر مثلًا، والله أعلم.

ومنها: إذا قلنا: يمنع الاستخلاف فاستخلف في أمر عام فهل يلزم حكمه؟ قال القاضي أبو الطيب وغيره: إن حكم مجبرًا لم ينفذ، وإن حكم يجبر عليه كان كالتحاكم إلى محكم في لزومه بنفسه، أو توقفه على الرضا بعد الحكم، قال في «الذخائر»: وفيه نظر؛ لأنهما إنما ترافعا إليه لاعتقادها أنه حاكم منصوب يلزم حكمه، فإذا لم يكن كذلك فكيف يلزمهما [حكمه] وهو فاسدٌ لنصبه بخلاف من تراضيا [به] لأنهما نصباه لأنفسهما نعم لو علما فساد توليته وتراضيا بما حكم بينهما فإنه يكون على القولين، فأمَّا مع عدم علمهما بذلك فلا وجه له.

قال ابن الرفعة: وقد يتخرج على الخلاف فيما إذا باع بتعين في بيعه وباعه الثاني ما عيَّنه في البيع الأول بناء على أنه وجب عليه الوفاء بالبيع لأجل

وَشَرْطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي، إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ: كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، ....

الشرط في البيع الأول، وفي الرافعي: إنه ليس للقاضي إنفاذ حكم الخليفة، بل يستأنف الحكم بين الخصمين، وهو محمول على ما إذا كان حكمه جبرًا؛ لأنه قد حكى ما تقدم، أي: من جعله كالمحكم عن ابن الصباغ وهو غيره.

قال: **(وَشَرْطُ المسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي)** لأنه قاض فاشترط فيه [ما يشترط فيه].

واعلم أنه قد يدخل من كلامه هذا أن للقاضي استخلاف ابنه وأبيه الصالح للقضاء، وبه صرَّح الماوردي والبغوي وغيرهما كما أن الإمام أن يستخلف في أعماله من يرى من أولاده، وفي الفرع بحث وفوائد أوردتها في «الغنية» يطول ذكرها.

قال: **(إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ، كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ)** أصل هذا قول الرافعي بعد ذكره أنه يعتبر في الخليفة ما يعتبر في القاضي، نعم؛ قال الشيخ أبو محمد وغيره: لو فوَّض إليه أمرًا خاصًا كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى أن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوَّض إليه سماع البينة ونقلها دون الحكم كفاه العلم بشرائط سماع البينة، ولا يعتبر فيه رتبة الاجتهاد، انتهى.

قال الإمام والغزالي: وهذا يحوج إلى حظ صالح من الفقه، وظن شارح أن هذا الكلام هنا مخالف لقول الرافعي في الكلام على التزكية أنه إذا نصَّب حاكمًا في الجرح والتعديل، فإنه يعتبر فيه صفات القضاء وليس كما توهمه، نعم يشبه أن يُكفى بكونه مجتهدًا في هذا الباب وما يتفرع عليه ولعله المراد.

قال شريح الروياني: وإذا أمر القاضي رجلًا بسماع البينة فسمعها لم يكن للمأمور أن يحكم بها، فإن أخبر القاضي بسماعها لم يحكم أيضًا حتى تعاد الشهادة.

قلت: فأي ثمرة لسماع المأمور البينة إذا اشترط إعادة الشهادة عند أمره، وقد يجاب عنه بأن هذا إنما يقع في بينة غائبة سبق إحضارها على غير بصيرة

وَيَحْكُمَ بِاجْتِهَادِهِ أَوْ بِاجْتِهَادِ مُقَلَّدِهِ إِنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ.

بحالها، فيبعث الحاكم إليها من يسمعها ويختبرها، فإذا توجه قبولها والحكم بها أُعلم القاضي بذلك فأحضرها حينئذ وسمعها وإلا فلا.

قال: (**وَيَحْكُمَ**) أي: الخليفة.

(**بِاجْتِهَادِهِ أَوْ بِاجْتِهَادِ مُقَلَّدِهِ**) أي: بفتح اللام.

(**إِنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ**) لا خفاء أن الخليفة المجتهد مطلقًا يحكم باجتهاده، وأمَّا إذا كان مجتهدًا في مذهب إمام معين ويسمى المجتهد المقيد فقد تقدم قول الماوردي أنه لا يجوز له أن يقلِّد صاحب مذهبه، بل يعمل على اجتهاد نفسه، وإن خالف مذهب من اعتزى إليه، وعن بعض أصحابنا أنه لا يجوز لمن اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره، وأوجبوا على كل منتحل لمذهب أن يحكم بمذهب صاحبه، قال: وهذا وإن كان الرأي يقتضيه فأصول الشرع تنافيه، انتهى.

وإطلاق الشيخين وغيرهما هنا يوافق الثاني اللهم إلا أن يحمل ذلك على من لم ينته إلى رتبة الاجتهاد في مذهب إمامه كما هو الغالب، وطريق هذا الوقوف مع إمامه لا محالة إذا علمت هذا فقد قال الرافعي: قال القاضي الروياني في «التجربة» نصَّ الشافعي رضي الله عنه في «المبسوط» يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه، والمذهب المشهور خلافه؛ لأن الحاكم يعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، بل لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز، وكذا إذا جاز تولية المقلد للضرورة فاعتقاد تقلده في حقه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشرط عليه الحاكم بخلاف اعتقاد مقلده، فلو خالف شرط الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة.

قال في «الوسيط» له الحكم في المسائل المتفقة بين الإمامين، وفي المختلف فيها لا يحكم إمَّا بمذهب أبي حنيفة؛ فلأنه يخالف معتقده، وإمَّا بمذهب الشافعي؛ فلأنه غير مأذون فيه، وهذا حكم بصحة الاستخلاف ورعاية الشرط، لكن الماوردي وصاحبا «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما قالوا: لو

....

قلد الإمام رجلًا القضاء على أن يقضي بمذهب عينه بطل الشرط والتقليد جميعًا، فقضية هذا بطلان الاستخلاف هناك.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إن الإمام الحنفي إذا ولى شافعيًّا بشرط ألَّا يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب فصحّت التولية، وبلغوا الشرط حتى يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده، وقضية هذا ألَّا يُراعى الشرط هناك.

قال الماوردي: ولو لم يجز صيغة الشرط، ولكن قال الإمام: فكذلك القضاء فاحكم بمذهب فلان أو لا يحكم بمذهب فلان [صح] التقليد وبلغوا الأمر والنهي، وكما يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطًا وتقييدًا كما لو قال: قلدتك القضاء فاقض بموضع كذا في يوم كذا، قال: ولو قال لا يحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد جاز، وكان قصرًا لعمله على سائر الحوادث.

وحُكي وجهان فيما لو قال: لا يقض فيهما بالقصاص أنه يلغو أو يكون منعًا له من الحكم بالقصاص نفيًا وإثباتًا، هذا لفظ الرافعي ـ رحمه الله ـ والحاصل: إنه ليس من شرط الاستخلاف أن يتوافقا في المذهب، بل يجوز للشافعي أن يستخلف حنفيًّا ومالكيًّا كما أجاب به الماوردي في كتابيه، لكنه قال في أحكامه: إن النائب يحكم باجتهاده، وإن خالف معتقد إمامه كحنفي رأى مذهب الشافعي في مسألة أو بالعكس.

قال: ومنع بعض الفقهاء وذكر ما سبق عنه، ونقله في «الحاوي» عن بعض الفقهاء، وأن بعض أصحابنا وافقه كما تقدم، وما قاله ظاهر في الخليفة المجتهد، ولعل صورة المسألة عند متقدمي أصحابنا [فيه] لا كما يفهمه إطلاق الرافعي والمصنف من شمول كل مقلد مخالف، ألا ترى قول القاضي أبي الطيب: إن المذهب جواز استخلافه المخالف؛ لأن على الحاكم أن يجتهد في الحكم عند كل حادثة وربما تغير اجتهاده واختلف، وحكى هو والماوردي في قتال البغاة في جواز ذلك وجهين.

وقال أبو الطيب: إن الذي نصَّ عليه الشافعي المنع، فإنه قال: وهكذا من

....

ولَّى شيئًا فينبغي ألَّا يولِّيه من يعلم أنه يعمل بخلاف الحق فيه، وهذا ما نسبه الروياني إلى «المبسوط» وفي كون هذا النص نصًّا على المنع نظر.

قال شريح: والأصل أن الخليفة يحكم باجتهاد نفسه على مذهبه دون مذهب المولي، وحكى جدي عن ابن أبي هريرة أنه يحكم بمذهب من ولاه واستضعفه.

قال جَدي: وحكى عنه أنه يكون خليفة فيما يوافقه دون ما يخالفه، انتهى، هكذا إطلاق الحكاية.

والظاهر أن هذا فيما إذا شرط عليه ذلك، وهذا الوجه هو ما سبق عن «الوسيط» وعبارة القاضي أبي الطيب في قتال البغاة، فإن قيل: جوزتم للحاكم أن يستخلف من يعتقد خلاف مذهبه فيولي الشافعي مالكيًّا وحنفيًّا وغيرهما من أهل المذاهب، فالجواب: إن أصحابنا اختلفوا فيه على ما حكاه ابن أبي هريرة، وقال: قد نص الشافعي على المنع، وذكر ما تقدم، فإن قلنا: لا يجوز سقط السؤال، وإن قلنا: يجوز فالفرق أن الحاكم يحكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد، وليس كذلك قتال أهل البغي مولين والجرحى والأسرى منهم، فإنه لا يسوغ فيه الاجتهاد، انتهى.

تنبيهات: كلام الأئمة نص في أن المنصوص فيمن له أهلية النظر والاجتهاد والترجيح في مذهب إمامه لا ما يتبادر من إطلاق الكتاب، فإن حُمل إطلاقه عليه فذاك وإلا فالوجه المنع، بل إذا آل الحال إلى استنابة الجهَّال فلا يحتمل هذا التوسع قطعًا، بل يتعين تقليل المفسدة ما أمكن؛ لأنها حالة ضرورة فلا يعدل إلى أمرٍ دون ما هو أخف وأقرب إلى الحق، أو إلى مذهب الإمام فيه هذا ما يقتضيه النظر عندي، وكيف يجوز أن يقال: إن الحكم الأصلي المنصوب من قِبل الإمام لا يحكم إلا باجتهاد مقلده، وأن له التوسع في استنابة المخالفين المقلدين الذين حالهم ما وصفنا الذين يحكمون بما لا يجوز لهم الحكم به هذا بعيد جدًّا على أني أقول أن ما أُعتيد في هذه الأعصار من نصب أربعة من القضاة في المصر على المذاهب الأربعة إذا جوَّزناه إنما يؤولون على أن يحكم كل قاض بمذهب إمامه، وإن لم يجز اشتراط ذلك في

....

عقد التولية إذ المراد ذلك والغرض منه، وحينئذ في جواز استخلافه المخالف نظر؛ لأنه لا إنما يقصد بتوليته أن يحكم هو وخلفاؤه على مذهب ذلك الإمام لا غير، وسبق قول الرافعي قال الماوردي: ولو لم يجز صيغة الشرط إلى آخره، وكان يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطًا وتقييدًا كما لو قال: قلدتك القضاء فاقض في موضع كذا وفي يوم كذا، انتهى.

وما ذكره من جواز أن يجعل هذا الأمر شرطًا ظاهر، لكن قوله كما لو قال: يقتضي أن ذلك ليس بتقييد قطعًا بوفاق الماوردي، والظاهر أنه لا فرق عنده، فإنه لو قال: قلَّد القاضي جميع البلد لينظر في أحد جانبيه أو في محلة منه لم يصح ويبطل التقليد إن كان شرطًا، وإن كان أمرًا بطل، انتهى.

حكى الرافعي من بعد أن المقلد المستقصي للضرورة لو حكم بمذهب غير مقلده أن الغزالي قال في «الأصول»: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده فينقض حكمه، وإن جوزنا تقليد من شاء فلا ينقض، انتهى.

قلت: والوجه سد هذا الباب على [التجويز][1] أيضًا في هذا الزمان؛ إذ لو فتح لأدى إلى مفاسد لا تحصى ومحن لا تستقصى، فالصواب سد هذا الباب، وإسدال الحجاب، وفطم الجهال عن هذا المجال.

سبق كلام «الوسيط» وغيره فيما إذا شرط الحنفي على الشافعي مثلًا أن يحكم بمذهب أبي حنيفة وهو وجه نقله الماوردي وغيره، وقال شريح: إن قلده على أن يحكم بمذهب المولِّي دون مذهب نفسه لم يجز على ظاهر المذهب.

وحكى ابن أبي الدم عن القاضي أبي منصور بن الصباغ وهو ابن أخي الشيخ أبي نصر أنه قال: سألت قاضي القضاة الدامغاني عمَّا إذا ولى الحنفي نائبًا شافعيًّا وشرط عليه ألَّا يحكم إلا بمذهب أبي حنيفة هل يصح؟ فقال: نعم، فإن قاضي القضاة أبا حازم: ولىَّ أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد

(١) في نسخة: (التحرير).

....

على ألَّا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة فالتزمه، انتهى.

والدامغاني وأبو حازم حنفيان، وفي صحة هذه الحكاية عن ابن سريج بعد.

وفي «الأشراف» للهروي: أن الشرط باطل ويحكم بما يؤدي إليه اجتهاده، وسبق عن القاضي الحسين نحوه، ولعل ابن سريج التزم ذلك لمصلحة أو ضرورة دعت إليه، أو رآه لاغيًا لا أنه عمل فيه فيما يخالف اجتهاده واجتهاد إمامه، أو التزمه وعمل به فيما يوافق عليه فقط وأعرض عن الحكم فيما لا يراه.

وفي «الحاوي»: إن الشرط إن كان عامًا بأن قال: لا يحكم في جميع الأحكام إلا بمذهب أبي حنيفة فالشرط باطل؛ لأنه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد، ثم ينظر فإن أخرج ذلك مخرج الأمر بأن قال: أحكم بمذهب فلان، أو مخرج النهي بأن قال: لا يحكم بمذهب فلان صح التقليد، وبطل ما أمره به أو نهاه عنه، وإن جعله بلفظ الشرط فقال: على أن يحكم بمذهب فلان أو على ألَّا يحكم بمذهب فلان بطل التقليد؛ لأنه معقود على شرط فاسد، انتهى.

وقال في «أحكامه»: ولو كان المولي عالمًا بأن اشترط ما لا يجوز كان قد جاء فيه دون ما إذا لم يعلم، ثم ساق ما لخصه الرافعي عنه بعبارة مبسوطة، قال شريح الروياني: لو استخلف في حكومة خاصة ليحكم على مذهب نفسه ففي جوازه وجهان حكاهما جدي، انتهى.

ويجب أن يكون محلهما فيما لا ينتقض فيه حكم الحاكم، أمَّا ذاك فالوجه أنه لا يجوز، وأمَّا ما لا ينقض فيه حكم الحاكم فضربان:

أحدهما: أن يكون مأخذه ظاهرًا، وشبهته قوية لا يتطرق إلى الحكم به نقض فهذا محتمل.

والثاني: أن يكون مأخذه ضعيفًا، وإن لم ينتقض الحكم به أو كان في نقضه خلاف كالنكاح بلا ولِّي ونحو ذلك فالظاهر المنع، ويجب الجزم بأنه لا

وَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ،

يجوز استنابته في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد والقاتل عمدًا عند طلب بعض الورثة مع صغر بعضهم ونحو ذلك.

فَرْعٌ: لو كتب القاضي إلى فقيه في تزويج فلانة وعنده أن المكتوب إليه فلان فتبين له أنه كان غيره، قال القاضي الروياني: قال والدي: والظاهر عندي أنه لا يكون إذنًا قياسًا على من صلَّى خلف من يظنه زيدًا فبان عَمرًا، انتهى.

وفي [هذا] الأصل كلام سبق في صلاة الجماعة.

قال: (**وَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللهِ تَعَالَى؛ جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ**) لأن عمر وأُبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت في نخل، وعثمان وطلحة رضي الله عنهما إلى جبير بن مطعم ولم ينكره أحد فكان إجماعًا، قاله الماوردي.

وفي «سنن» أبي داود والنسائي، و«صحيح» ابن حبان وغيره من حديث هانئ أنه لما وفد مع قومه سمعهم النبي ﷺ يكنونه بأبي الحكم فدعاه، فقال: «**إِنَّ اللهَ هُوَ الْحَكَمُ وَإِلَيْهِ الحكْمُ فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَم**» فَقال: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِيَ كِلَا الْفَرِيقَيْنِ، فقال النبي ﷺ: «**مَا أَحْسَنَ هَذَا**»[1] ثم كنَّاه بأبي شريح.

احترز بقوله: (في غير حد الله تعالى) عن حدوده تعالى، وأنه لا يحكم فيها؛ إذ ليس لها طالب معين.

وفي «التهذيب» وغيره ما يقتضي أن بعضهم طرد الخلاف فيها، وقوله: حدود الله بالدال هو الموجود في أصل المصنف، ويقع في نسخ حق بالقاف، وقوله: مطلقًا، أي: سواء كان هناك قاضٍ أو لم يكن، وسواء كان المحكم فيه قصاصًا أو نكاحًا أو غيرهما، وفيه ما سيأتي.

واحترز بقوله: (بشرط أهلية القضاء) عمَّا إذا كان غير أهلٍ، فإن حكمه لا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨٩، رقم ٤٩٥٥)، والنسائي (٨/ ٢٢٦، رقم ٥٣٨٧)، والحاكم (١/ ٧٥، رقم ٦٢)، وابن حبان (٢/ ٢٥٧، رقم ٥٠٤) والبيهقي (١٠/ ١٤٥، رقم ٢٠٢٩٨).

وَفِي قَوْلٍ لَا يَجُوزُ. وَقِيلَ: بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ بِالْبَلَدِ. وَقِيلَ يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا، ....

ينفذ لكن هل المراد بالأهلية: المطلقة، أو في تلك الواقعة: الخاصة؟ والأقرب: الثاني، وقد بني على أن الاجتهاد هل يتجزأ أم لا؟

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: لَا يَجُوزُ**) لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام فلا يثبت للآحاد؛ ولأنه يؤدي إلى تفويت الحكومات على القاضي وتفويت رأيه ونظره، وهذا ما رجحه الغزالي وإمامه، قال في «المحرر»: والأقوى الأول، أي: عند المعظم كما قاله في «الشرح» قال: ومنهم الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضي الروياني، انتهى.

لكن في «الذخائر» فيه طريقان:

أحدهما: يجوز قولًا واحدًا قاله العراقيون.

والثاني: فيه قولان، وسيأتي ما حُكي من الطرق في محل القولين.

قال: (**وَقِيلَ: بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ بِالْبَلَدِ**) أي: فيجوز للضرورة بخلاف حالة وجوده؛ لأن فيه عزلًا للحاكم وافتياتًا على [الأحكام][(١)].

قال: (**وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِمَالٍ**) أي: لأنه أخف.

(**دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا**) أي: كلِعان وحد قذفٍ لخطرها فتناط بالحكام، وصححه الْمحَامِلِيّ وغيره، والحاصل أن التحكم في الأموال هو المقطوع بجوازه والمشهور في طريقة العراق، وأشار الماوردي وغيره في موضع إلى أنه إجماع الصحابة.

وقال البندنيجي في كتاب اللعان: إنه المذهب لم يختلف فيه، وسواء كان في البلد حاكم أو لم يكن، صرَّح به جماعة منهم: البندنيجي وابن الصباغ، وفي محل القولين طرق:

أحدهما: [هما حيث] لا قاضي بالبلد، فإن كان لم يجز قطعًا، [وهل][(٢)]

---

(١) في نسخة: (الإمام). (٢) في نسخة: (هذا).

وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ ....

الكلام فيما إذا [كانا] بنفس البلد أو أعم من ذلك حتى يكون من يلزمه الحضور من مسافة العدوى كالحاضر بالبلد؟ فيه احتمال، وأظهرهما عند الشيخين أجزاؤهما في الحالين.

قال ابن الرفعة: والصحيح في «الكافي» وعند الجمهور ما جزم به العراقيون [أي:] من الجواز في المال مع وجود القاضي.

وقال الإمام: إنه متجه في القياس، وإذا جوزنا التحكيم ففيم يجوز فيتحصل فيه وجوه بل طرق:

أحدها: في الأموال خاصة، ورجحه القاضيان ابْن كَجٍّ والفارقي.

والثاني: يجوز فيه، وفي القصاص وحد القذف وحقوق النكاح وإثابته والملاعنة وغيرها من حقوق الآدميين دون [حدود][1] الله تعالى وهذا ما رجحاه.

والثالث: ذكره الزبيلي وغيره يجوز في جميع الحكومات لا في النكاح واللعان والحدود، وعبارة بعضهم: لا، يجوز في النكاح واللعان وحد القذف والقصاص، ويجوز فيما عداها، وهو الأصح في «المقنع».

والرابع: يجوز في الجميع.

والخامس: يجوز في حقوق الآدميين إذا اختص ذلك بإقرار واحد وإعطاء، فأمَّا ما يحتاج إلى شهود وتعديل فلا رواه شريح الروياني، وعن الداركي: إنه جوز التحكيم عند فقد الحاكم فقط اعتبارًا بالضرورة، وفي «التتمة» هناك أنه لو كان اللعان لنفي الولد لا يجوز إلا أن يكون كثيرًا؛ لأن له فيها حقًّا.

قال: (**وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ**) لا بدَّ من التراضي في ابتداء التحكيم، وعن أبي الفرج السرخسي: إن هذا فيما إذا لم يكن أحد الخصمين القاضي نفسه، فإن كان وهو الراضي فهل يشترط رضا الآخر؟ فيه اختلاف

---

(١) في نسخة: (حقوق).

فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ امْتَنَعَ الْحُكْمُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ فِي الْأَظْهَرِ.

نص، والظاهر أنه لا يشترط، قال الرافعي: وليكن ذلك مبنيًا على جواز الاستخلاف إن جاز بالرجوع إليه؛ لأنه نائب القاضي، قال ابن الرفعة: وقد قدمت عن ابن الصباغ وغيره أن التحاكم إلى الشخص لا يكون تولية، فلا يحسن أن يكون هذا مبنيًا على ذلك.

وقيل في كتاب الشهادات من «الحاوي»: إذا تحاكم الإمام وخصمه إلى واحد من رعيته جاز، ثم ينظر فإن قلده خصوص هذا النظر صار قاضيًا قبل الترافع إليه ولم يعتبر فيه رضا الخصم، وإن لم يقلده النظر قبل الترافع اعتبر رضا الخصم.

قال: (**فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ**) أي: على الأصح ومبنيًا، كما قال الماوردي وغيره: على أن الدية تجب عليه ابتداء، ثم تنتقل إليهم أم عليهم ابتداء.

وقال السرخسي: هما على قولنا تجب عليه ثم تحملها العاقلة.

فإن قلنا: يجب عليها ابتداء، فلا خلاف أنها تضرب عليهم عند عدم الرضا.

قال الرافعي: وهو حسن.

قال: (**وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الحكْمِ امْتَنَعَ الحكْمُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الحكْمِ فِي الْأَظْهَرِ**) للراجع أحوال:

أحدها: أن يرجع قبل الخوض في الحكم بينهما، والاشتغال به فله ذلك قطعًا هذا هو المعروف، وقال شريح الروياني: إذا قلنا: يلزم حكمه بنفس الحكم؛ فأراد أن يحكم فامتنع أحدهما فهل له ذلك؟ فيه وجهان، وهذا الإطلاق غريب، نعم ذكروا أنه لو أقام المدَّعي بينة فقال المدعي عليه: عزلتك امتنع الحكم، وقال الإصطخري: إن أحس المدعي عليه بالحكم فرجع ففي تمكينه من الرجوع وجهان، وعلى هذا ينزل إطلاق شريح، والمذهب أن له الرجوع.

....

وعبارة «البسيط»: لو رجع قبل القضاء، ولكن بعد الخوض فيه ففيه خلاف مرتب على اعتبار الرضا بعد الحكم، وهذا أولى بصحة الرجوع، انتهى.

فإن كان هذا عمَّا قدَّمناه خرج في رجوعه بعد الرضا وجوه:

الثاني: أن يرجع بعد الحكم وبعد الرضا به فلا عبرة برجوعه قطعًا.

الثالث: أن يرجع بعد الحكم عليه، فقولان: أظهرهما عند الأكثرين كما قاله الماوردي هنا: إنه لا عبرة برجوعه كحكم الحاكم، والثاني: يصح ويشترط رضاه بعد الحكم؛ لأن رضاهما معتبر في الحكم، فكذا في لزومه، والقولان منصوصان في اختلاف العراقيين وحكاهما الإمام وجهين.

فروع: حضرت من لا ولي لها مع خاطبها إلى رجل، ورضيا أن يعقد النكاح لها ففي «الحاوي»: أنهما إن كانا في دار الحرب، أو في بادية نائية لا يصلان إلى حاكم جاز وزوجها المحكم، فإن كانا في دار الإسلام وحيث يقدران فيه على الحاكم، ففي جوازه وجهان، وسبق في كتاب «النكاح» هنا أو في «الغنية» كلامًا شافيًا في ذلك فراجعه.

وقال الروياني في «الحلية» هنا: إنه يجوز التحكيم والتزويج في أصح الوجهين، وهو اختيار أبي طاهر الزيادي وأبي إسحاق الإسفراييني، ومشايخ العراق وخراسان، والفتوى على هذا خاصة في هذا الزمان، انتهى.

وإذا جوَّزنا التحكيم وكانت بكرًا، فقال لها المحكم: حكميني لأزوجك من هذا فسكتت.

قال البغوي في «فتاويه»: كان سكوتها إذنًا، وينبغي أن يجري في الاكتفاء به خلاف إذا ثبت عند المحكم الحق وحكم به أو لم يحكم فله أن يشهد على نفسه بذلك في المجلس الذي حكم بينهما فيه، قيل: التفرق خاصة؛ لأن قوله بعده لا يقبل كقول الحاكم بعد عزله قاله الماوردي، وإذا رفع حكمه إلى القاضي لم ينقضه إلا حيث ينقض حكم قاضي الإمام صرَّح به الأصحاب.

قال شريح الروياني: إذا سمع البينة أي: بناء على الأصح أنه له سماعها،

وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ نَوْعٍ جَازَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي الْأَصَحِّ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى الْحُكْمِ].

ثم ولي الحكم حكم بها؛ لأنه كان حاكمًا، أي: ولا يحتاج إلى إعادة الشهادة بعد الولاية هل للحاكم أن يحكم بعمله كالحاكم على المرجح أم لا لانحطاط رتبته؟ لم أرَ فيه شيئًا، ويحتمل أن يجري فيه خلاف مرتب وأولى بالمنع، ويحتمل أن يقطع بالمنع لا يجوز أن يحبس في دين على المذهب، كما لا يجوز له استيفاء [القصاص] العقوبات كذا قاله ابن الرفعة.

وعبارة ابن شداد تفهم جريان خلاف فيها، وإن الصحيح المنع.

وقال ابن أبي الدم: لا خلاف أنه ممنوع من استيفاء العقوبات إن جوَّزنا التحكيم فيها إذا حكمه من لا يقبل شهادته له مع غيره كأبيه وابنه مع أجنبي، ففي جوازه وجهان عن السرخسي.

وفي «الحاوي»: أنه إن حكم على أبيه وابنه نفذ أو على الأجنبي ففي نفوذه وجهان: وجه المنع القياس على الحاكم الحقيقي، ووجه الجواز أن التحكيم باختيارهما، فصار المحكوم عليه راضيًا بحكمه ولو بُني على اعتبار الرضا بعده لم ينفذ، وهكذا الحكم فيما لو تحاكم إليه عدوه وغيره فحكم له أو عليه ذكره الماوردي وحكى وجهًا: إنه ينفذ حكم منصوب الإمام على عدوه وسيأتي.

قال: **(وَلَوْ نَصَبَ)** أي: الإمام.

(قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ نَوْعٍ؛ جَازَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي الْأَصَحِّ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى الْحُكْمِ) تقدم قبل الخوض في مسائل الكتاب ما ذكره الماوردي وهو أنه يلزم الإمام إن تعين البلد الذي يقلده [قضاة][1] فيقول: قلدتك قضاء البصرة، أو يقول: قلدتك قضاء الكوفة، فلو قال: قلدتك قضاء البصرة أو الكوفة لم يجز للجهل بالعمل، ومثله قلدتك بقضاء أي بلد شئت، وأي بلد رضيك أهله، وكان التقليد فاسدًا للجهل بالعمل، فإذا قلده قضاء البصرة مثلًا فإن نص على دخول نواحيها وأعمالها

(١) في نسخة: (قضاؤه).

....

فذاك، وإن نص على إخراجها من العقد اختص التقليد بالبصرة دون أعمالها، وإن سكت عن ذكر أعمالها نظر في العادة المستمرة كيف كانت؟ فإن كان الفرق المتقدم يقتضي بإفرادها عن قاضي البصرة لم يندرج تحت ولايته، وإن جرى العرف بالعكس دخلت، وإن اختلف العرف في ذلك روعي أكثرهما عرفًا، فإن استويا روعي أقربهما عهدًا، فإن كان الأكثر أو الأقرب إفرادها خرجت من ولايته، وإن كان الأكثر أو الأقرب إضافتها دخلت تحت ولايته، ولو قال: قلدتك جميع البلد لتنظر في محلة منه، أو في أحد جانبيه، أو في جامعه لا غير لم يصح؛ لعموم ولايته وخصوص محل نظره، وكان التقليد باطلًا إن جعل ذلك شرطًا فيه للتنافي بين حكم الشرط والإطلاق، وإن خرج مخرج الأمر صح التقليد وبطل الشرط وله أن ينظر في أي موضع شاء منه؛ إذ لا يملك الحجر عليه في موضع جلوسه، لكن لو قال: إن قلدتك على أن تحكم في الجامع بين من حال فيه صح، ولم يجز أن يحكم في غيره؛ لأن الولاية خرجت مقصورة على من جاءه في الجامع، انتهى.

إذا علمت هذا قول الإمام قاضيين فأكثر ببلد نظر إن خصَّ كل واحد بجانب منه أو محله أو بزمان أو جعل هذا قاضيًا في الأموال، وهذا في الدماء والقروح، أو هذا في النساء وهذا في الرجال، أو في العرب والآخر في العجم، وما أشبه هذا جاز.

قال ابْن كَجٍّ: وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه.

وفي «الحاوي» هنا زيادات وتفريعات غريبة أوردتها في «الغنية» وأمَّا إذا عمم ولايتهما مكانًا وزمانًا، فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم لم يجز.

قال ابن الرفعة باتفاق الأصحاب؛ لأن اختلاف الاجتهاد غالب والتقليد ممتنع، فيؤدي إلى بقاء الخصومات واستمرار المنازعات، واختلفوا في الصحة عند إثبات الاستقلال لكل واحد على وجهين: أصحهما عند الإمام في «الْغِيَاثِيِّ» المنع.

....

وقال في «الذخائر»: إن الأصحاب صححوه، واختاره صاحب «الانتصار» لإفضاء ذلك إلى التشاجر والتنازع لعدم مزية أحدهما على الآخر بخلاف القاضي مع خليفته لترجيح داعي الأصل، كما أشار إليه في «النهاية» وسيأتي عن «الحاوي» مثله، والثاني قال الماوردي والروياني: إنه قول الأكثرين، وصححه الرافعي الجواز في نقله في «البحر» عن النص، انتهى.

وما ذكر من ترجيح إجابة داعي الأصل.

قال ابن الصلاح: إنه رأي رآه الإمام وكلام غيره مطلق، والظاهر أن الأصل وفرعه في ذلك كالقاضيين؛ لأن الفرع كالأصل في وجوب إجابته ونفاذ حكمه، ولا تأثير لكونه أصلًا فيما نحن فيه، انتهى لفظه.

بقي ما لو نصب اثنين وأطلق ولم يشترط عليها اجتماعًا ولا صرَّح باستقلال، قال الرافعي: فعن صاحب «التقريب»: [إنه يحمل على الاستقلال تنزيلًا للمطلق على ما يجوز، وعن غيره: إن التولية فاسدة ما لم يصرَّح بإثبات الاستقلال، زاد في «الروضة» قول صاحب] «التقريب» أصح، وبه قطع في «المحرر» انتهى.

والذي في «المحرر» هو ما في «المنهاج» وكان الصواب أن يقال: وقضية إطلاق «المحرر» ترجيحه.

فروع وتنبيهات:

منها: إذا قلنا: بالمنع، قال الماوردي والرافعي وغيرهما: فجمع بينهما في التقليد بطلت ولايتهما وإلا صحت ولاية الأول وبطلت ولاية الثاني.

قال ابن الرفعة: والأشبه بناء ذلك على الإمام إذا عزل القاضي من غير مستند هل ينعزل؟ وسيأتي بيانه.

فإن قلنا: لا، فالأمر كما قالوه.

وإن قلنا: ينعزل وهو ما أورده وغيره، فينبغي أن يكون ولاية القاضي الثاني صححه متضمنة لعزل الأول، واستشهد له بما ذكرته في «الغنية» وأيده

....

بأن الرافعي حكى عند الكلام في العزل عن بعض الشروح ذكر وجهين في أن تولية قاضٍ بعد قاضٍ، هل يكون عزلًا للأول أم لا؟ ثم قال: وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في البلد قاضيان؟ وهذا عين المدعي، انتهى.

وذكر شريح الروياني: إنه إذا ولى السلطان رجلًا قضاء بلد ولم يعزل الأول، فإن قلنا: لا يجوز فوجهان:

أحدهما: ينعزل الأول وتصح تولية الثاني.

والثاني: لا ينعزل الأول ولا تصح تولية الثاني ما لم يعزل الأول ثم يولي الثاني، انتهى.

وفي النسخة سقم، ولكن هذا ما ظننته صواب كلامه، ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: وإذا ولى الإمام القضاء رجلًا انعزل من كان قبله هناك؛ لأن العادة ألَّا يولي واحدًا إلا بعد عزل الأول فيقيد هذا بالعادة، انتهى.

وهذا ظاهر لا شك فيه وجميع ما تقدم في المجتهدين وفيما مضى من الزمان، وأمَّا في وقتنا هذا فالذي اقتضاه العرف أنه إن كانت التولية في بلدة صغيرة كان ذلك عزلًا للأول، وإن كانت في مصر كبير كدمشق نظر، فإن كان مذهب الثاني مذهب الأول كان ذلك عزلًا للأول وإلا فلا، هذا مما لا يتمارى فيه ولم لا يقال فيما ذكروه يراجع الإمام ويعمل بإرادته.

ومنها: إذا جوَّزنا قول آخر، قال الماوردي: عند كلامه في العزل إن اقترن بتقليد الثاني بشواهد عزل الأول انعزل بتولية الثاني وإلا كانا شريكين في النظر، وفي هذه الحالة إذا استحضر رجلان شخصًا كل منهما إلى قاض أجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معًا أقرع بينهما قاله القاضي الحسين والإمام وغيرهما.

قال ابن الرفعة: وقد نسب هذا إلى الشيخ أبي علي، وفي بعض الكتب إن في «الذخائر»: إنهما إذا جاءا معًا قدم بالقرب، فإن استويا في القرب فبالرقعة ولم أره كذا، انتهى.

نقل ابن الرفعة: والذي رأيته في «الذخائر» الإقراع لا غير، ولو دعا كل

....

خصم خصمه إلى قاضٍ فقد أطلق الغزالي تحكيم القرعة.

وقال الماوردي والروياني: يغلب جانب الطالب، فلو كان كل منهما طالبًا ومطلوبًا لتحاكمهما في قسمة ملك لو اختلفا في ثمن مبيع، أو قدر صداقٍ اختلافًا يوجب تخالفهما قدم قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب فوجهان، قال الرافعي: أظهرهما: يقرع، والثاني: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما.

قلت: وقال شريح: إذا جوَّزنا فأراد المدعي التحاكم إلى أحدهما وخصمه الآخر فثلاثة أوجه:

أحدها: إن الاختيار للمدعي الطالب.

والثاني: إنه المدعى عليه؛ لأن جانبه أقوى ولهذا صدق بيمينه.

والثالث: يقرع بينهما، انتهى.

ولم يذكروا من يقرع بينهما، ولعل ذلك لكل من الحاكمين.

ومنها: سبق أنه إذا نصَّب قاضيين وشرط اجتماعهما على الحكم بطل، قال ابن الرفعة: بالاتفاق.

قلت: هو المشهور، ورأيت في «الذخيرة» أو «المجرد» من «تعليق» الشيخ أبي حامد لأبي علي البندنيجي صاحبه في كلامه على الحرص، فأمَّا الحاكم فلا يجوز في بلد واحد كما كان؛ لأنه يؤدي إلى أن يخالف أحدهما صاحبه فيكون فسادًا.

وقال بعض أصحابنا: إلا أن يوليا على شرط أن يحكما برأيهما جميعًا، فإن اختلفا في حكم توقفا فيه، فأمَّا إذا حكم أحدهما بحكم والآخر يناقضه فلا يجوز، وصرَّح الجرجاني في «الشافي» و«التحرير» بهذا الخلاف فقال: وقيل: إن شرط عليهما ألا يحكما إلا بعد اتفاقهما جاز والأول أصح، والحاصل من اختلاف الطرق وجوه:

ثالثها: إن شرط اجتماعهما على الحكم جاز وإلا فلا.

....

والرابع: يمكنه وهو الأقرب، وقد يفرق بين متفقي المذهب المقلدين بلا تصرف ولا اجتهاد كما هو الواقع في الغالب وبين غيرهما.

ومنها: لو نصبهما على أن يحكم كل واحد في أيام معينة من كل أسبوع أو أسبوعًا ونحو ذلك جاز، وتبقى ولايته مستمرة على النحو المشروط، وليس له أن يحكم في غير نوبته، وحكى ابْن كَجٍّ وجهَيْن: إن التولية تبطل إذا قال: قلدتك القضاء سنته كما في الإمامة وهو ضعيف؛ إذ لو كان كالإمامة لما جاز تخصيصه ببعض الأمور، وقال شريح: المذهب أنه لا يجوز تفويض القضاء في شيء بعينه، ويجوز تفويض القضاء مؤقتًا، وإذا قلنا لا يجوز عزل من يصلح لا يجوز مؤقتًا، انتهى.

وأحسب أن لفظة: (لا) في قوله: (أولًا لا يجوز) زائدة من ناقل.

ومنها: قال الإمام قبيل باب القيام: إن لصاحب الأمر أن ينصب قاضيًا في تزويج الأيامى، وقاضيًا في الرجال، وآخر في النساء، وإذا اختصم رجل وامرأة لم يفصل واحد منهما الخصومة، ولا بدّ من ثالث يتولى القضاء بين الرجال والنساء، انتهى، وقس بهذا ما يشبهه مما سبق.

فصل: يتضمن مسائل مهمة تتعلق بالتولية سبقت الإشارة إلى بعضها:

الأولى: قال الرافعي وغيره: يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية عرف أنها خالية عن القاضي، إمَّا بأن يبعث إليهم قاضيًا من عنده، أو بأن يختار من يصلح منهم لذلك.

وقال الماوردي: على الإمام أن يشير أحوال البلاد في القضاء، ويكشف عن أحوال القضاة، فإذا علم أن في البلد قاضيًا أهلًا فذاك، وإن علم ألَّا قاضي فيه أو فيه من لا يستحق النظر، وجب عليه أن يقلد فيه قاضيًا، وكان ذلك عليه فرضًا متعينًا، فإن كان في البلد من يصلح كان تقليده لمعرفته به وتأهله أولى من تقليد الغريب، فإن عدل عنه إلى غريب صح تقليده، انتهى.

وينبغي في عصرنا أن يعكس ذلك لما لا يخفى، وقد تخلف ذلك

....

باختلاف الأشخاص والبلاد.

فروع: هل الأولى أن يفوض الإمام قضاء إقليم أو ناحية متسعة إلى قاضٍ واحد، ويأذن له في الاستخلاف في بلادها، أو أن الإمام يتولى ذلك بنفسه؟ سكتوا عنه، والظاهر في عصرنا: أن الأولى أنه إذا كان المنصوب في الإقليم والناحية الكبيرة من أهل العلم والورع والقسم الأول، وإلا فالثاني، وعلى الإمام بذل وسعه في تولية الأمثل فالأمثل، ويستشير في ذلك أهل العلم، وقدَّمنا أن تولية الأفضل في زماننا متعينة حتمًا، وأشرنا إلى وجه أطلقوا أنه ينصب في كل بلدة وناحية قاضيًا ولم يبينوه بيانًا شافيًا، ولا بدّ فيه من ضبط لما في إحضار الخصوم أو حضورهم إلى البلد البعيد من المشقة والأضرار.

وفي كلام شريح عن الإصطخري ما يشير إلى اعتبار مسافة الأعداء فأجازوها لزم أن يكون حاكمًا، قال الرافعي والبغوي: يجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة، وإن لم يكن المجعول إليه صالحًا للقضاء، وإن كان فاسقًا كما صرَّح به البغوي في «التعليق»؛ لأنه سفير محض.

قلت: ويؤخذ من هذا أنه ليس لوالي الإقليم نصب القضاة مطلق ولاية الإقليم، وإنما يستفيد ذلك بالنص عليه من الإمام.

وعبارة إبراهيم المروزي والإمام: إذا ولى واحدًا تولية القضاء بإقليم مثل ما يفعله الخليفة مع ولاة الأقاليم لا يتولى القضاء بنفسه، وإذا مات لا تنعزل القضاة، انتهى.

وسبق ذلك لكن السفارة المحضة إنما تظهر إذا كان قد نص له على شخص أو أشخاص معينين.

قال الرافعي: ولو قال لأهل بلده: اختاروا رجلًا منكم أقلده القضاء حكى ابْن كَجٍّ فيه وجهين: أشبههما: الجواز، انتهى.

ويجب أن يكون محلها إذا كان فيهم من هو أهل الاختيار وإلا فلا عبرة باختيار من ليس بأهل الاختيار، ولا شك أن الإمام بعد الاختيار ينظر في حال

....

المختار وأهليته على التقديرين المسألة الثانية.

قال الرافعي: وفي «الأحكام السلطانية» للماوردي: أن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة وهو المشافهة باللفظ والمراسلة والمكاتبة عند الغيبة، ويجيء في المكاتبة والمراسلة خلاف مما مرَّ في الوكالة، وإن كان الظاهر ما ذكره.

قلت: وذكر شريح أنه لو بعث إلى رجل يقلده القضاء أن أقيس الوجهين أنه لا ينعقد، انتهى.

قال الرافعي: وفيه أن صريح اللفظ قوله: وليتك القضاء واستخلفتك واستنبتك، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر بأن يقول: اقض بين الناس أو احكم ببلدة كذا، وهو ملحق بالصريح كما في الوكالة، وفيه أن الكتابات اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت، أو رددته إليك، أو وكلت، أو أسندت، فينبغي أن يقرن بها ما لحقها بالصرائح، ولا يكاد يتضح فرق بين أن يقول: وليتك القضاء، وبين أن يقول فوضته إليك.

قال في «الروضة»: والفرق واضح بأن قوله: وليتك متعين لجعله قاضيًا وفوضت إليك يحتمل أن يريد توكيله في نصب قاض، انتهى.

وقال ابن الرفعة: إن الرافعي نقل عن الأحكام أن من الكتابات فوَّضت إليك ولم أره، انتهى.

ونقل الرافعي عنها صحيح ولفظه فيما رأيته، وأمَّا «الكفاية» فقد ذكر بعض أصحابنا أنها سبعة ألفاظ قد اعتمدت عليك، أو علوت عليك، أو رددت إليك، أو فوَّضت إليك، أو وكلت إليك، أو أسندت إليك؛ يعني: القضاء في كل لفظ منها.

قال الرافعي: وفيه أن عند المشافهة يعتبر القبول على الفور، وفي المكاتبة والمراسلة لا يعتبر الفور، لكن سبق في الوكالة خلاف أنه هل يشترط القبول؟ وذلك أنه إذا كان شرطًا فالأظهر أنه لا يعتبر الفور فليكن كذلك هاهنا.

....

قلت: قد يفرق بأن ضرورة الرعية تمس إلى قاضٍ يفصل بينهم، وجعل القبول على التراخي بضربهم بخلاف الوكالة الخاصة، وقال في «الحاوي»: الصريح أربعة ألفاظ: قلدتك القضاء، ووليتك القضاء، واستخلفتك على القضاء، واستنبتك على القضاء، والكتابة أربعة ألفاظ: اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت عليك، أو عهدت إليك بالقضاء، أو وكلت إليك القضاء، فلا ينعقد القضاء بأحدهما حتى يقترن به ما يزول به الاحتمال، ويزول بأحد لفظين أن يقول: فاحكم أو فانظر؛ فيصير بالقرينة كالصريح في صحة التقليد، وأمَّا المختلف فيه فأربعة ألفاظ أيضًا: فوَّضت إليك القضاء، ورددت إليك القضاء، وجعلت إليك القضاء، وأسندت إليك القضاء، وفيها وجهان:

أحدهما: إنها صريحة في التقليد، وأصحهما: إنها كتابة، وتبعه ابن شداد وابن أبي الدم على ذلك، قال الماوردي: وتمام العقد معتبر بالقبول فيقول الحاضر على الفور: وقد قبلت، أو قد تقلدت فيتم، ولهذا القبول شرطان:

أحدهما: أن يكون المتولي عالمًا بأن المولى يستحق التولية التي استنابه فيها، فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله.

والثاني: أن يعلم المولي من نفسه أنه يستشكل للشروط المعتبرة في القضاء، فإن علم أنه إن لم يستكملها لم تصح قبوله وكان بالقبول مجروحًا، انتهى، وهذا سبق وإيراده هنا أليق.

ثم ذكر أن قبول الغائب على التراخي وفيه نظر لما أشرنا إليه من الضرر، قال: فإن شرع في النظر قبل القبول فهل يكون شروعه قبولًا منه؟ على وجهين:

أحدهما: نعم، كالنطق فعلى هذا أحكامه نافذة.

والثاني: لا يكون قبولًا حتى يصرِّح بالقبول نطقًا فعلى هذا أحكامه مردودة، ثم ذكر لزوم العقد وجوازه وسيأتي بيانه، ورأيت في «فتاوى» القفال: إنه سئل عن حاكم كتب إلى فقيه: إن وليتك القضاء والتزويج في تلك الناحية، ولم يقل ذلك بلسانه هل يكون خليفة بمجرد الكتابة دون التفويض اللفظي؟ قال: نعم،

....

المسألة الثالثة، قال الرافعي: من ولي القضاء مطلقًا استفاد بالتولية المطلقة سماع التنبيه والتحليف، وفصل الخصومات بحكم بات، أو يصلح عن تراض، واستيفاء الحقوق، والحبس عند الحاجة والتعزير، وإقامته الحدود، وتزويج اللواتي ليس لهن ولي خاص، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء، والنظر في الضوال، والوقوف حفظًا للأصول، وإيصالًا للغلات إلى مصارفها، وبالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متولي، وبالقيام به إذا لم يمكن.

قال الماوردي: ويعم النظر في الوقوف العامة والخاصة؛ لأن الخاصة تستثنى في العموم أيضًا، والنظر في الوصايا، وتعيين المصروف إليه إذا كانت الوصية لجهة عامة، وبالقيام بها إن لم يكن وصي، وبالتفحص عن حاله إن كان، والنظر في الطرق والمنع من التعدي فيها بالأبنية، وإسراع ما لا يجوز إسراعه من الأجنحة ونحوها.

قال القاضي أبو سعيد الهروي: ونصَّب المتقين والمحسنين وأخذ الزكوات، وفصَّل الماوردي أمر الزكوات فقال: إن أقام الإمام بها ناظرًا خرجت من عموم ولاية القاضي وإلا فوجهان، ويشبه أن يطرد هذا التفصيل في المحتسبين، وكذلك القول في إمامة صلاة الجمعة والعيدين، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الخراج والجزية التولية المطلقة في أظهر الوجهين هذا لفظ الرافعي بحروفه، وتبعه في «الروضة».

تنبيهات: في «الحاوي» أنه إذا قلَّده النظر في جميع الأحكام فتكون ولايته مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاء وتشتمل على عشرة أقسام يذكرها، ثم ذكر بعد ذلك ما يفتقر عند التقليد إلى ذكره، وينبغي أن ينظر في الجمع بين كلاميه وتحقيق ما أورداه مما ذكره ثانيًا، وأمَّا كلام الرافعي فقوله: وإقامة الحدود تقتضي التعميم، وكذا عمم الماوردي في الأحكام.

قال في «الحاوي»: إِقَامَةُ الْحُدُودِ عَلَى مُسْتَحِقِّيهَا فِيمَا تَعَلَّقَ بِحُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ مِنْ إِقَامَةِ حَدِّ الْقَذْفِ بِالزِّنَا وَالْقِصَاصِ فِي الْجِنَايَاتِ عَلَى النُّفُوسِ وَالْأَطْرَافِ.

....

فَأَمَّا مَا تَعَلَّقَ مِنْهَا بِحُقُوقِ اللهِ الْمَحْضَةِ كَحَدِّ الزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَتَارِكِ الصَّلَاةِ فَإِنْ تَعَلَّقَتْ بِاجْتِهَادٍ كَانَ الْقَاضِي أَحَقَّ بِهَا لِاخْتِصَاصِهِ بِالِاجْتِهَادِ فِي الْأَحْكَامِ وَيَأْمُرُ وُلَاةَ الْمعَاوِنِ بِاسْتِيفَائِهَا، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ مُبَاشَرَتِهَا بِنَفْسِهِ، وَعَلَيْهِمْ أَنْ يَعْمَلُوا بِأَمْرِهِ فِيهَا.

وإن لم يتعلق باجتهاد وكان الأمير أحق بها لتعلقها بتقويم السلطة، فإن تعلق بها سماع البينة سمعها القاضي واستوفى الأمير.

وقوله: اللواتي ليس لهن ولي خاص، أي: أو كان وعضل أو لم يكن أهلًا أو عاب، لكن هل ذلك بالولاية أو نيابة شرعية؟ فيه نزاع.

وقوله: والولاية في أموال الصغار والمجانين والسفهاء، أي: عند عدم الأولياء أو عدم أهليتهم أو غيبتهم، وإنما أطلق ذلك لوضوحه وتبينه ذلك في باب الحجر، قال الماوردي: وأمَّا أموال الغائبين فإن علموا بها فلا نظر للقاضي عليها، وإن لم يعلموا بها فإن ورثوها وهم غيب لا يعلمون فهي داخلة تحت نظره وعليه حفظها إلى قدومهم وسيأتي.

فَرْعٌ: في أموال الغُيَّب لا يسع جهله.

وقوله: والنظر في الضوال والوقوف إلى قوله: الفحص عن حاله إن كان... إلى آخره، والذي في «الحاوي»: وَالْقِسْمُ الثَّامِنُ: النَّظَرُ فِي الْوُقُوفِ وَالْوَصَايَا إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا نَاظِرٌ تَوَلَّاهَا، وَإِنْ كَانَ فِيهَا نَاظِرٌ - أي: بولاية صحيحة كما زاده ابن شداد وهو واضح- وَاعَاهَا، فَإِنْ كَانَتْ لِمُعَيَّنِينَ سَقَطَ الِاجْتِهَادُ فِيهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ لِمَوْصُوفِينَ تَعَيَّنُوا بِاجْتِهَادِ النَّاظِرِ قَبْلَ الْحُكْمِ وَبِاجْتِهَادِ الْقَاضِي عِنْدَ الْحُكْمِ، هذا لفظه.

وقوله: والنظر في الطرق... إلى آخره، وكذا أطلقه في «الأحكام» وقال في «الحاوي»: وَالْقِسْمُ الرَّابِعُ: فَصْلُ التَّشَاجُرِ فِي حُقُوقِ الْأَمْلَاكِ مِنَ الشُّفْعَةِ وَالْمِيَاهِ وَالْحُدُودِ وَالِاسْتِطْرَاقِ وَالْعَمَلِ بِشَوَاهِدِ الْأَبْنِيَةِ.

فَأَمَّا مَخَارِجُ الْأَبْنِيَةِ وَالْأَجْنِحَةِ إِلَى الطُّرُقَاتِ وَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ، فَإِنْ جَاءَهُ

....

فِيهِ مُتَظَلِّمٌ نَظَرَ فِيهِ وَدَخَلَ فِي وِلَايَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فِيهِ مُتَظَلِّمٌ دَخَلَ فِي الْحِسْبَةِ، وَكَانَ أَحَقَّ بِالنَّظَرِ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى اجْتِهَادٍ تَفَرَّدَ الْمُحْتَسِبُ بِهِ، وَإِنِ افْتَقَرَ إِلَى اجْتِهَادٍ كَانَ الْقَاضِي أَحَقَّ بِالِاجْتِهَادِ فِيهِ وَأَوْلَى مِنَ الْمُحْتَسِبِ يَكُونُ الْمُحْتَسِبُ فِيهِ مُنَفِّذًا لِحُكْمِ الْقَاضِي.

وقوله: وقال القاضي أبو سعيد... إلى آخره، أمَّا صلاة الجمعة والعيدين فقد فصل الماوردي فيها كما فصل في الزكوات سواء بسواء، وصرَّح في «الانتصار» بنقل الوجهين في إقامة الجمعة والعيد، وقال: أقيسهما أن له ذلك، والثاني: يتولاهما الأمير، انتهى.

ويشبه أن يتبع العرف المطرد في ذلك حيث لا نص من الإمام، وأمَّا المحتسبون فظاهر كلامه في «الحاوي» وغيره: إن نصبهم إلى الإمام خاصة كولاية المظالم وغيرها من الولايات العامة، وهو القياس والعرف المطرد في هذه الأعصار بالأمصار، وقياس ما ذكره أن يقال في الوقوف: إن الإمام إذا نصب لها ناظرًا خاصًّا إنها تخرج من ولاية القاضي، وهو الظاهر، وكذلك كل أمر يقتضيه إطلاق الولاية ويدخل في عمومها إذا نصب له الإمام إنسانًا وفوَّضه إليه فقد أخرجه من عموم ولاية القاضي، قال الماوردي: فأمَّا أموال الفيء فليس له التعرض لها وجهًا واحدًا؛ لأن وجوه مصرفها موقوفة على اجتهاد الأئمة، انتهى.

وفي «أشراف» الهروي: إن ما يستفيده القاضي بالتولية المطلقة إقطاع أرض التي ورثها المسلمون في ولايته، وأطلق شريح الروياني: إن إليه إقطاع الأراضي، وقال في آخر الباب: وإقطاع الموات ومقاعد الأسواق إلى الإمام، قال: وفرش الأحجار في الطرق وبناء مسجد لا يضر بالمارة، أو اتخاذ سقاية إلى الإمام، وهكذا القناطر، وتعليق القناديل في المساجد، واللعان للفرقة، ونفي الولد إلى ولاية الإمام [والقاضي لا يملك الشوارع].

وقيل: يجوز ببدلٍ هذا لفظه، وجميع ما ذكره من قوله: وإقطاع الموات... إلى آخره مذكور في «الأشراف» بحروفه أنه مما للقاضي فتعبيره

قال المصنف: [فَصْلٌ]: جُنَّ قَاضٍ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَمِيَ أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبْطِهِ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ، ....

بالإمام أوهم خلاف الصواب، ولعل قوله: إلى ولاية الإمام تحريف ناقل، وصوابه: ولاه الإمام وعنى قضاءه، أو ولاه الناحية من قبل الإمام، والوجه في اللعان: إنه إلى القاضي قطعًا، والله أعلم.

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ: جُنَّ قَاضٍ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَمِيَ أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبْطِهِ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ**) أي: لانعزاله بذلك؛ ولأن هذه الأمور تمنع وِلاية الأب فالحاكم أولى، وتفصيل القول في ذلك: أنه إذا جن انعزل على المشهور، وقيل: لا ينعزل به، وإذا أفاق استمرت ولايته، وقيل: إن طال زمانه انعزل به وإلا فلا كالنوم.

وأمَّا الإغماء فجزم الرافعي وغيره أنه كالجنون، وجزم الماوردي بأنه لا يؤثر؛ لأنه مرض لا يمنع النبوة وهذا هو المختار، وأرسل شريح في انعزاله بالجنون والإغماء وجهين.

وأمَّا العمى الطارئ فيمنع الاستدامة، وحكى الجرجاني في كتابه وجهًا شاذًا فيه واختاره ابن أبي عصرون، وصنف في المسألة جزءًا للأعمى ووقفت عليه وأطنب في توجيهه وتقريره وعمدته أنه لا يقدح في النبوة التي هي أعلى من القضاء والفرق ظاهر، والظاهر أن طرد الصمم الكلي والخرس لمقاربتهما لابتداء العقد وقد بيناه، ويستثنى من إطلاق المصنف ما إذا سمع البينة وعدلها ثم عُمي، فإنه يحكم في تلك الواقعة بعد العمى على الأصح كذا قالاه، وإطلاق كثيرين ينازع في هذا الاستثناء، والله أعلم.

وقوله: أو ذهبت أهلية اجتهاده وضبطه عبارة «المحرر» أو خرج عن أهلية الاجتهاد والضبط وهي أحسن؛ لأنه يخرج عن الأهلية باختلال ذلك ونقصه، وإن لم يذهب كله، وهذا كلام في المجتهد المطلق، أمَّا قضاة العصر، فإن اعتبرنا الاجتهاد في المذهب الذي هو عليه فمتى خرج عن أهلية الاجتهاد فيه فحكمه كذلك وأولى، ومن لم يبلغ هذه الرتبة وهو الموجود اليوم غالبًا فلم أرَ فيه شيئًا، ويشبه أنه إذا حصل له أدنى تغفل ونحوه لم ينفذ حكمه؛ لانحطاط

وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وِلَايَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.

رتبته فيقدح في ولايته ما عسى أن يفتقر في حق غيره، والعلم عند الله.

قال: (**وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي الْأَصَحِّ**) هذه المسألة مكررة، فإنه ذكرها في الوصايا، وسبق كلام الماوردي في الفسق المانع من الانعقاد، ثم قال: فلو صحت ولاية الحاكم العدل ثم طرأ عليه الفسق، فإن طرأ فسقه بأفعال تبع بها شهواته بطلت ولايته، وإن طرأ فسقه باعتقاد تأول فيه فهل تبطل ولايته؟ وجهان: أصحهما: لا تبطل كذا نقله ابن أبي الدم عنه، ثم قال: واختلف الأصحاب في القاضي إذا فسق هل ينعزل بنفس الفسق أم لا بدَّ من عزله من جهة الإمام؟ فيه وجهان: أصحهما: ينعزل بمجرد فسقه ويحرم عليه، والحالة هذه متى فسق أن يحكم بين اثنين، ويجب عليه رفع حالة السنة إلى ولي الأمور؛ ليولي على المسلمين عدلًا غيره، انتهى.

وعبارته موهمة والواجب عليه الكف عن الحكم بعد انعزاله، وإعلام الإمام أو مستخلفيه بانعزاله محملًا؛ لينصب غيره، أو يقلده هو بعد توبته وإنابته، وكنت أود لو قيل: إنه ينعزل بفسقه فيما يتعلق بالأحكام دون ما بينه وبين الله من المعاصي إذا لم يجاهر بها إذ قل من يخلو منها بخلاف الجور في الأحكام والرشاء وأكل أموال الأيتام ثم، وهذا كله في القاضي العدل إذا طرأ فسقه.

أمَّا الفاسق المنصوب للضرورة أو من ذوي الشوكة إذا قلنا بتنفيذ أحكامه كما سبق فهل يؤثر في نفوذها ما يطرأ من فسقه أم لا؟ لأن ما لا يمنع في الابتداء لا يمنع دوامًا لم أرَ فيه شيئًا، والحق أنه متى أمكن صرفه والاستبدال به فأحكامه مردودة، ويجب على كل من علم حاله السعي في صرفه، نعم لو علم الإمام به وأقره فالظاهر أنه كابتداء تقليده، وقد ترددت في هذا مرارًا، ولم يقع لي فيه ما يشفي الغليل والمواضع المظلمة كذا تكون، ولا قوة إلا بالله تعالى.

قال: (**فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وِلَايَتُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنه بانعزاله صار على ما كان عليه قبل التولية فاحتاج إلى تجديدها، والثاني: يعود من غير استئناف كالأب إذا جن ثم أفاق، وقطع السرخسي بعودها في الإغماء بخلاف الجنون، وقد سويا بين جميع الصور في عدم عود الولاية إلا بولاية

....

جديدة، ويحتمل أن يقال: إن تعين للقضاء أدت ولايته بلا تجديد وإلا فلا.

وقال ابن أبي الدم: قال الأصحاب: فلو تاب الفاسق وحسنت حاله فهل يعود قاضيًا من غير تولية جديدة؟ فيه وجهان: أصحهما عندي: لا يعود، على هذا لو جن أو أغمى عليه هل ينعزل؟ فيه وجهان: فإن قلنا: ينعزل فمتى أفاق هل يعود قاضيًا من غير تولية؟ فيه وجهان: أصحهما عندي: أنه يعود، انتهى.

وقال القاضيان أبو سعيد الهروي وشريح الروياني: أنه لو ولي عدلًا ففسق انعزل، فإن تاب صار واليًا نصَّ عليه قياسًا على الأب يتوب بعد الفسق؛ ولأنه يسد باب الأحكام فإن الإنسان لا ينفك غالبًا من أمور يعصى بها فيفتقر إلى مطالعة الإمام؛ يجوز للحاجة، انتهى.

والرافعي حكى هذا عن تخريج ابن القاص، وحكوا القول بالمنع عن الشيخ أبي زيد، وتفصيل السرخسي في الإغماء مبني على انعزاله به والمختار خلافه، ويحتمل أن يفرق بين أن يطول زمنه فينعزل أو لا فلا يؤثر كالنوم.

وفصل الماوردي في أوائل «الشهادات» فقال: وإن حدث الفسق في القاضي فإن استدامه مصرًا انعزل به، وإن عجل الإقلاع عنه فإن كان من غير ندم وتوبة انعزل به، وإن كان إقلاعه عن ندم وتوبة نظر، فإن كان فسقه قد ظهر قبل التوبة انعزل به، وإن لم يظهر حتى تاب منه لم ينعزل به؛ لانتفاء العصمة عنه، وإن هفوات ذوي الهبات مقالة قل إن يسلم منها إلا من غنم.

قال: وإذا انعزل بالفسق فحكم في حال انعزاله، فإن كان إلزامًا بإقرار صح، وإن كان حكمًا بشهادة بطل وعليه أن يمتنع من الحكم، وينهي حاله إلى الإمام أو إلى من ولاه من القضاة ليقلد غيره، وهو في أنها حالة بين أمرين: إمَّا أن يظهر الاستغفار ويكتم حاله وهو الأولى، وإمَّا أن يخبر حاله وسبب انعزاله، وإن كره له هتك ستره، انتهى.

فَرْعٌ: قال الدبيلي: إذا فسق القاضي يعزل وكل ما حكم به في فسقه باطل، فإن تاب ورجع من غير تجديد ولاية، وإن لم يول غيره، وهذا منه جزم

....

بالوجه المرجوح، قال: وإن كان فيه فسق لا يعلمه الناس، وهو يقضي عنهم، فالظاهر أن ذلك صحيح للناس وأتم تلك الأحكام التي صحت بقضائه عليه كإمام يصلي بالناس جنبًا عالمًا بجنابته إذ لا مطالبة على الناس معرفة باطن القاضي والإمام، انتهى.

فعلى ما قاله لو بان فسقه الذي يستره، فهل تبين بطلان أحكامه الواقعة في حال فسقه الباطن أم لا؟ فيه نظر، وقضيته التشبيه المذكور، وهو بعيد.

ثم قال في كلامه على أرزاق القضاة: وقاضٍ فيه فسق باطن لا يعلمه بعد الله إلا هو، فأحكامه على الظاهر صحيحة، ولا نصيب له في بيت المال، فإن أخذه أخذ ما لا يحل له، ولا يحل له أن يقضي.

فَرْعٌ: قال الماوردي: لو أعجزه المرض عن النهضة دون الحكم لم ينعزل به، وإن أعجزه عن النهضة والحكم فإن كان مرجو الزوال لم ينعزل به وإلا انعزل به.

فَرْعٌ: قال الرافعي: لو أخبر الإمام بموت القاضي أو جنونه أو فسقه فولى قاضيًا، ثم بان خلافه لم يقدح ذلك في تولية الثاني، وتبعه في «الروضة» وقضيته انعزال المخبر عنه، إذ الثاني أقيم مقامه، وفي انعزاله وانعقاد ولاية الثاني بناء على ظن ليس بمطابق نظر، ولا أقل من جريان الخلاف الآتي، ثم رأيت المسألة مصرحًا بها كما سيأتي، ولله الحمد.

فَرْعٌ: لو سافر القاضي سفرًا طويلًا بغير إذن الإمام ولم يستخلف حيث له ذلك هل ينعزل بذلك ويعد معرضًا، أو يقدح ذلك في عدالته؟

فيه للنظر مجال، والأقرب الانعزال، ولم أرَ فيه صريحًا.

فَرْعٌ: إذا عزل القاضي نفسه حيث لم يتعين عليه، وقلنا بالأصح أنه ينعزل فلو أنكر كونه قاضيًا.

قال في «البحر»: قال جدي صار معزولًا كالوكيل، وفيه وجه ضعيف؛ لأنه لا يصير معزولًا، وأقره ابن الرفعة، ويشبه أن يقال: لو كان له غرض في

وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ، وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ أَوْ مِثْلُهُ وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصَحِّ.

الإخفاء بأن أراد ظالم على حمله على الحكم بما لا يجوز، أو خاف الأذى إن اعترف بالولاية لم يكن إنكاره انعزالًا، وقد يحتاج القاضي في مواضع إلى إنكار أنه قاضٍ.

وإن لم يكن ثم غرض في الإخفاء، فهو محل التردد وجه المنع أنه ارتكب صغيرة، ولا ينعزل بها، ووجه مقابله أخذه باعترافه، والله أعلم.

قال: **(وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ)** وللإمام عزل قاضٍ ظهر منه خلل، قال الرافعي: إذا ظهر من القاضي خلل فللإمام عزله.

قال في «الوسيط»: ويكفي فيه غلبة الظن.

قلت: وقال الإمام: وللإمام عزل القاضي إذا رابه منه أمر، ويكفي فيه غلبة الظن بذلك، انتهى.

والواضح أن يقال: إذا ظهر منه خلل لا يجوز معه التولية ابتداء، ولا التقرير دوامًا لزمه المبادرة إلى صرفه، وإن ارتاب في أمره وظن ذلك بقرينة أو قرائن لا يصلح الاعتماد عليها في حكم أو شهادة، وهذه مسألتنا جاز له عزله احتياطًا ونظرًا للمسلمين، ومن القرائن المغلبة الظن كثرة الشكاوى منه واشتهار جوره وسوء طريقته واعتماده.

ورأيت من يحكي عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه إذا كثرت الشكوى منه وجب عليه عزله.

قال: **(أَوْ لَمْ يَظْهَرْ)** أي: له منه خلل بأن لم يعلم، ولم يظن به إلا خيرًا كما قاله جماعة، فإن لم تكن ثم من يصلح للقضاء لم يجز عزله، ولو عزله لم ينعزل.

قال: **(وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ)** لما فيه من المصلحة للمسلمين.

(أَوْ مِثْلُهُ) أو دونه .**(وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ)** قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن لم يكن فيه مصلحة لم يجز عزله به.

(لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصَحِّ) أي: للمصلحة وطاعة السلطان.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ ....

قلت: وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وإن عزله بمن هو دونه.

(وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ) لأنه قيم المسلمين فيتصرف لهم بشرط[الغبطة] والنظر، انتهى.

أي: فله عزله في كل هذه الصور للمصلحة إلا بتعين كما بيناه.

قال الإمام: ومهما كان العزل في محل النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحة فلا اعتراض فيه على الإمام، ويحكم بنفوذه هذا ما أورده الرافعي، وقال ابن أبي الدم: فلو لم يظن إلا خيرًا.

قال الأصحاب: إن عزله بأفضل منه نفذ أو بمن دونه في الصلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب، وبمثله فيه وجهان.

قال الإمام: وإطلاق القول على هذا النسق غفلة، فأقول: حق على الإمام ألا يصدر شيئًا من أمور المسلمين إلا عن رأي ثاقب ونظر في الصلاح، فإن عزل القاضي بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل، ولا يجوز تقدير خلاف فيه، وإن فرض عزلًا مطلقًا فلا اعتراض عليه مهما أمكن بطرق إمكان النظر، ولا يجوز أن يكون فيه خلاف.

ولو عزله لا عن نظر هل ينفذ عزله؟ فيه تردد لبعض المنتمين إلى الأصول، والذي أقطع به أنه ينفذ عزله، ولكنه يتعرض لخطر الإثم، ولو عزل القاضي نفسه انعزل هذا ملخص ما ذكره الإمام.

وقال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ في «شرحه الكبير»: إذا ولى الإمام قاضيًا إن لم يتعين عليه بعزله بمثله أو بمن هو أصلح منه، قال الشيخ القفال: لا ينعزل؛ لأنه صار قاضيًا من جهة الله تعالى، وقال بعض شيوخنا: ينعزل، وعلى هذا الوجه أخبر الإمام أن قاضي بلد كذا قد مات فولي غيره، ثم بان كونه حيًّا لم ينعزل عند القفال، وعلى الوجه الثاني ينعزل، وعلى هذا لو عزل القاضي نفسه إن يعين عليه لم ينعزل، وإن لم يعين عليه فوجهان أصحهما ينعزل، انتهى.

وقال شريح الروياني: ولو عزل السلطان قاضيًا من غير موجب لعزله فهل

ينعزل؟ وجهان، وقيل: إن تعين عليه لم ينعزل وإلا انعزل، ولو عزل نفسه انعزل إن لم يعين عليه، وإن تعين عليه لم ينعزل في أظهر الوجهين، انتهى.

واختلف كلام الماوردي فقال في أوائل الباب في كلامه على العقد وصفته وشروطه: وأما الشرط الثالث وهو لزوم العقد فهو معتبر في لزومه لأهل العمل، وليس بشرط في لزومه للمولي والمولى؛ لأنه في حقهما من العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأنها استنابة كالوكالة فلا يلزم في حق المستنيب ولا في حق المستناب، ويجوز للمولي أن يعزله إذا شاء، والأولى ألا يعزله إلا من عذرٍ وألا ينعزل المولى إلا لعذر، فإن كان العزل من المولي أشاعه حتى لا ينظر المولى بعد العزل، ثم أشار إلى الخلاف الآتي في وقت عزله.

ثم قال: وإن كان الاعتزال من المولي أشاعه لتقلد المولى غيره، فإن حكم بعد انعزاله رد حكمه، انتهى.

ثم قال قبيل كتاب الشهادات: الأولى أنه إن عزله الإمام المولي فإن كان عزله عن اجتهاد أدى إليه إما لظهور ضعفه، وإما لوجود من هو أكفأ منه جاز أن يعزله، وإن لم يؤده اجتهاده إلى عزله لاستقلاله بالنظر في عمله على الصحة والاستقامة لم يكن له أن يعزله؛ لأنه لا مصلحة في عزل مثله، فإن عزله انعزل، وإن كان الاجتهاد بخلافه؛ لأن عزله حكم من أحكام الإمام وأحكام الإمام لا ترد إذ لم يخالف نصًّا ولا إجماعًا، وعزله يكون بالقول، فإن قلده غيره واقترن بتقليده شواهد العزل كان الأول على ولايته، والثاني مشاركًا له في نظره.

قال: وإن عزل نفسه، فإن كان لعذر جاز اعتزاله، وإن كان لغير عذر منه من الاعتزال وإن لم يجبر عليه؛ لأن ولاية القضاء من العقود الجائزة دون اللازمة؛ ولذلك نفذ فيه عزل الإمام، وإن خالف الأولى لكن لا يجوز أن يعتزل إلا بعد إعلام الإمام واستعفائه؛ لأنه موكول بعمل يحرم عليه إضاعته، وعلى الإمام أن يعفيه من النظر إذا وجد غيره حتى لا يخلو العمل عن ناظر، فإن أعفاه قبل ارتياد غيره جاز، وإن كان لا يتعذر ولم يجز أن يعذر، ويتم عزله باستعفائه وإعفائه ولا يتم بأحدهما، فإن نظر بين استعفائه وإعفائه صح نظره،

قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ.

ولا يكون قوله: قد عزلت نفسي عزلًا؛ لأن العزل يكون من المولي، وهو لا يجوز أن يولي نفسه فلم يجز أن يعزلها، وإنما هو أن يستعفي فيُعفا، هذا لفظه بحروفه في الموضعين.

وفي الثاني غرائب لم أرها لغيره، وقال في «الإقناع»: وإذا رأى الإمام نقل قاضٍ من عمل إلى عمل جاز ولا يجوز أن يعزله إلا أن يتغير حاله، أو يجد من هو أولى منه، وإذا عزل القاضي نفسه لم ينعزل إلا بعلم من قلده، وما أحب له ذلك إلا بعذر، انتهى.

فَرْعٌ: سبق أنه إذا لم يظهر للإمام من القاضي خلل، ولكن هناك أفضل منه أنه يجوز للإمام عزله، ويشبه أن يكون هذا في الكاملين الجامعين للشروط فيجوز عزل الفاضل بالأفضل، فأما في الناقصين المقلدين فيظهر أن يقال: إذا ولينا مقلدًا أو جاهلًا للضرورة، ثم وجدنا من هو أهل أو أمثل منه من المقلدين أنه يجب عزله ونصب الثاني لزوال الضرورة لوجود غيره أو لتقليل المفسدة ما أمكن.

فَرْعٌ: قال: شريح الروياني: لفظ العزل صريح، ولو قال: صرفته عن القضاء أو رجعت عن توليته فهل يكون صريحًا؟ وجهان، انتهى.

والظاهر صراحة صرفته، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لو قال الإمام للقاضي: عفوتك ينعزل كما لو قال: عزلتك، انتهى.

قال: (**قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ**) أي: قطعًا لعظم الضرر في بعض تصرفاته، أو قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، والطريق الثاني فيه قولان، وقيل: وجهان كالوكيل، ونقل ابن أبي الدم في حواشٍ كتبها على «أدب القضاء» له طريقة ثالثة أنه ينعزل قولًا واحدًا للاحتياط، ولا يبعد أن يقال: إن تراخى بلوغ الخبر لبعد أو غيره لم ينعزل، وإن لم يتراخَ بلغه عن قرب انعزل من حين اللفظ كالوكيل على الأظهر، ولم يبينوا بما يحصل بلوغ الخبر، والظاهر أنه يكفي فيه إخبار عدل واحد ولو عبد وامرأة كالرواية، ويحتمل أن يجيء

وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ فَقَرَأَهُ انْعَزَلَ، وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

فيه من الخلاف ما سبق في الشفعة وغيره.

قال: (**وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ فَقَرَأَهُ انْعَزَلَ، وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) قال الرافعي بعد ذكره الطريقين السابقين: ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظًا أو كتب إليه: إني عزلتك، أو أنت معزول، فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول، فلا ينعزل قبل إتيانه الكتاب بحال، وإن كتب: إذا قرأت كتابي فأنت معزول، فلا ينعزل قبل أن يقرأه بنفسه، وإن قُرِئ عليه فوجهان أصحهما الانعزال؛ لأن الغرض إعلامه صورة الحال لا قراءته بنفسه، والثاني: لا ينعزل لصورة اللفظ، ولو كان القاضي أميًّا وجوزنا فقُرِئ عليه فالحكم بالانعزال أولى.

قلت: الوجه أن الإمام إذا علم أميته أنه ينعزل بقراءة غيره عليه قطعًا، وإنما ينقدح التردد إذا جهل أميته، ولينظر فيما لو كان قارئًا، ولكن قال الإمام: قصدت تعليق عزله على قراءته بنفسه لا إعلامه بصورة الحال، هل يعتبر ذلك؟ ويبين بقاء ولايته حتى يقرأه الظاهر اعتباره، والظاهر أنه يكفي هنا قراءة موضع العزل فقط لا جميع الكتاب ولا يجيء فيه من الخلاف السابق في الطلاق، ثم إذا ذهب بعضه أو انمحى وغير ذلك إذ الغرض الإعلام بالعزل والله أعلم.

ثم رأيت الإمام قال: ولو قال: إذا قرأت كتابي فأنت معزول، فلم يقرأه بنفسه وقُرِئ عليه، قال الصيدلاني: ينعزل وجهًا واحدًا، وقد ذكرنا في مسائل الطلاق تفصيلًا في ذلك فدام الفرق بينهما [صائرًا][1] إلى أن تفاصيل الصفات مرعية في تعلق الطلاق، فإن ذكرنا خلافًا في صورة فسببه هذا، وأمر العزل يراعى فيه الإعلام، ولا تردد على دقائق الصفات، فإن قصد الإمام هذا والقصد أبلغ من صفة اللفظ ولو راعى الإمام غير الإعلام في ذلك لكان في مقام العابث.

قال الإمام: هذا كلامه وهو حسن، ولكن اتفق الأصحاب على التسوية

---

(١) في نسخة: (ظاهر).

وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَغْلٍ مُعَيَّنٍ كَبَيْعِ مَالِ مَيِّتٍ وَالْأَصَحُّ انْعِزَالُ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ، أَوْ قِيلَ لَهُ: اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ أَوْ أَطْلَقَ، فَإِنْ قَالَ اسْتَخْلِفْ عَنِّي فَلَا.

بين هذا وبين الطلاق في الخلاف والوفاق، انتهى كلامه فافهم منه ما يفهم.

قال: **(وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَغْلٍ مُعَيَّنٍ كَبَيْعِ مَالِ مَيِّتٍ)** أي: لو غائب أو يتيم سفيه أو مفلس أو رهن أو مال ممتنع من الوفاء ونحوها وسماع شهادة في حادثة معينة وما أشبه ذلك كالوكيل بموت موكله.

قال: **(وَالْأَصَحُّ انْعِزَالُ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ)** أجيز لحاجته إلى معاون في العمل، وقد زالت حاجته بزوال ولايته.

(أَوْ قِيلَ لَهُ: اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ أَوْ أَطْلَقَ) أي: لظهور عرض المعاونة كما سبق.

(فَإِنْ قَالَ: اسْتَخْلِفْ عَنِّي فَلَا) أي: لأنه مأذون من جهة الإمام فكان الأول سفيرًا في التولية، وجمع ابن الرفعة في انعزال نائب القاضي بموته ونحوه من انعزاله طرقًا للأصحاب تخرج منها عند الاختصار خمسة أوجه:

أحدها: ما قدمناه من التفصيل.

ثانيها: ينعزل مطلقًا كالوكيل بموت موكله.

ثالثها: لا مطلقًا رعاية لمصلحة الرعايا.

رابعها: إن استخلف بالإذن لم ينعزل وإلا انعزل، وبه جزم الغزالي.

خامسها: إن كان يستخلف القاضي الكبير العام الولاية في جميع الأمصار لم ينعزل خلفاؤه بموته كقضاء الإمام بأنهم لا ينعزلون بموته وإلا انعزلوا، قاله الماوردي، ويخرج من كلامه وكلام الروياني السالف في الوكالة أنه إذا قال: استخلف فلانًا كان كقوله: استخلف عني فلا ينعزل بعزل القاضي وانعزاله؛ لأنه قطع نظره بالتعيين وجعله سفيرًا بخلاف ما لو أطلق ولم يعين أحدًا.

فَرْعٌ: لو نصب الإمام بنفسه نائبًا عن القاضي، قال الرافعي: ذكر السرخسي أنه لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام، ويجوز أن

....

يقال: إذا كان الإذن مقيدًا بالنيابة ولم يبق الأصل لم يبقَ النائب، انتهى.

وحكى الماوردي أن الإمام إذا استناب شخصًا، وصرح في التولية بأنه نائب عن القاضي المولى من جهته قبل ذلك أنه هل لذلك القاضي عزله أم لا؟

فيه وجهان، فإن قلنا: لا لم ينعزل بموته وعزله، وإن قلنا له عزله يشبه أن يخرج على الخلاف قاله ابن الرفعة.

فَرْعٌ: قال الرافعي بعد ذكره الخلاف في انعزال خليفة القاضي بعزله وانعزاله وجواز عزل القاضي بسبب وغيره: ويتخرج على هذا الخلاف والتفصيل أن القاضي هل له أن يعزل الخليفة، انتهى.

وفي «الحاوي» أن للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب، ولا يجوز للإمام أن يعزل القاضي بغير موجب.

وفي «الشامل» أنه يجيء على قول من قال: إن خليفة القاضي لا ينعزل بموته أنه ليس له مع سلامة الحال، وهذا ما ذكره القاضي أبو الطيب لا بصيغة الاحتمال والتخريج، بل كما يحكي غيره عن المذهب، وفي المسألة مزيد كلام ونقل، ذكرته في «العنية».

فرع سبقت الإشارة إليه: وهو أنه إذا تنازع خصمان في الحضور إلى الأصل والنائب، وطلب أحدهما الترافع إلى الأصل والآخر إلى الفرع قال في «الحاوي»: إن كان القاضي في يوم التنازع ناظرًا فالداعي إليه أولى، أي بالإجابة من الداعي إلى نائبه؛ لأنه الأصل، وإن كان الناظر نائبه فالداعي إليه أولى؛ لأنه أعجل، انتهى.

وسبق عن الغزالي وإمامه أنه يجاب داعي الأصل.

وقال ابن الصلاح: إنه رأي رآه الإمام، وأن كلام غيره مطلق إلى آخر ما سبق عنه، وما ذكره ظاهر، وينبغي أن يكون محله فيما إذا كانا حاله التنازع متصديين للحكم أما لو كان أحدهما جالسًا فقط فيجاب الداعي إليه قطعًا، ولا شك فيه إذا كان الداعي إليه المستحق، فإن كان كل واحد مدعٍ ومدعًا عليه

وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ ....

أجيب السابق منهما بطلب الترافع إلى الجالس، فإن كانا معًا جالسين للحكم، فهذا محل النظر والبحث.

قال: **(وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ)** أي: ولا بانعزاله لشدة الضرر في تعطيل الحوادث هذا ما أورده الشيخان وهو المشهور، وحكى الإمام وغيره فيه خلافًا، وفي «الحاوي» في باب القضاء على الغائب أنه لو مات الخليفة أو خُلِعَ لم ينعزل به القاضي بخلاف خليفة القاضي، والفرق أن الخليفة يستنيب القضاة في حقوق المسلمين، فلم ينعزلوا بموته وتغير حاله، والقاضي يستنيب خليفة في حق نفسه فانعزل بموته وتغير حاله، فعلى هذا الفرق يجوز للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب سوى بعض أصحابنا بين موت الخليفة، والقاضي في انعزال من ولياه، وسوَّى آخرون منهم في بقاء ولاية من ولياه، والذي عليه جمهورهم ما ذكرناه من الفرق بينهما، انتهى.

وقال قبيل كتاب الشهادات: إن الإمام العام الولاية على القضاء وغيره لا يبطل بموته ولا بموت القاضي، فلو مات قاضي ناحية أو صقع قد استخلف فيه من ينوب عنه في القضاء كان موته مبطلًا لولا مات خلفاؤه لمعنيين:

أحدهما: إنه خاص النظر خاص العمل فخالف موت الإمام في عموم النظر والعمل.

والثاني: أن الإمام يقدر على استدراك الأمر في موته بتقليد غيره، وإن كان المتوفى هو قاضي القضاة العام الولاية في جميع الأمصار، فهو عام العمل خاص النظر فعموم عمله أن والٍ على البلاد كلها، وخصوص أنه مقصور على القضاء دون غيره فشابه الإمام في عموم عمله، وخالفه في خصوص نظره، ففي انعزال القضاة بموته وجهان:

أحدهما: لا؛ لعموم نظره كالإمام.

والثاني: نعم؛ لخصوص نظره كقاضي إقليم، انتهى.

وقال شريح الروياني: إذا مات الخليفة أو خلع فهل ينعزل قضاته؟

وَلَا نَاظِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ.

وجهان: فإن قلنا ينعزلون فلو مات السلطان هل ينعزل القضاة؟ وجهان: ثانيهما: لأنهم قضاة الخليفة فإن السلطان نائب الخليفة، انتهى.

وقال القاضي الحسين: إذا مات الإمام لم ينعزل القضاة من جهته، وكذا والي الإقليم إذا مات لم ينعزل القضاة من جهته فسوى بين الإمام الأعظم ووالي الإقليم، وذكر القاضي الإمام أبو الحسن السبكي قاضي الشام ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ في باب محرمات الإحرام ما ملخصه: وفي نفسي من القاضي الكبير كقاضي الديار المصرية مثلًا، أو إذا ولى الإمام قاضيًا لجميع الدنيا هل نوابه كنواب الإمام لا ينعزلون بموته أو ينعزلون لظاهر إطلاقهم؟ لم أر في ذلك تصريحًا، ثم حكى كلام القاضي الحسين وأبدى احتمالين لنفسه.

وقد صرح الماوردي بالمسألة في القاضي العام في جميع الأمصار، وأن قضية كلام الجمهور عدم الفرق بين القاضيين، وذكر الصيمري في «شرح الكفاية» أن نواب القاضي الكبير كقاضي خراسان ينعزلون بموته، وصرفه على الصحيح بخلاف قضاة الإمام وسبق الكلام على كلام القاضي الحسين وغيره في والي الإقليم.

فَرْعٌ: قضية كلام الجمهور تصريحًا وتلويحًا أن حكم ولاة الإمام فيما سبق حكم قضائه، ولذا يجب أن يكون حكم كل من ولاه أمرًا عامًا يختص بمصالح الأمة كولاية بيت المال ونظر الجيوش والحسبة والوقوف وغير ذلك، وقد اغتر بعض من يفتي في عصرنا فأفتى بانعزال الناظر في أمور بيت المال المسمى في وقتنا بوكيل بيت المال بموت السلطان ظنًا منه أنه مقتضى قول الأصحاب أن الوكيل ينعزل بموت الموكل، وهذا جمود على الأسماء وذهول عن المعنى، وليس بصواب بل غلط.

قال: (**وَلَا نَاظِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ**) إذا نصب القاضي قوامًا على الأيتام أو الأوقاف ثم ماتَ أو عُزِلَ.

قال الرافعي: فالمشهور أنهم لا ينعزلون بذلك من غير خلاف كألّا يحتل

....

أبواب المصالح، ويستلهم سبل القوام المنصوبين من قبل الواقفين، وجعلهم الغزالي في «الوسيط» أي و«البسيط» في معنى الخلفاء، أي: فأجرى فيهم الخلاف السابق في انعزالهم.

قلت: قال الإمام في «النهاية»: إذا عزل القاضي أو انعزل أو مات وله مستخلفون فكل من كان في أمر جرى لا يستقل كمن [لا] يصغي إلى شهادة في صورة فإنه ينعزل، وإن كان في أمر مستقل كمستخلف بحكم أو قيم في مال طفل، فحاصل ما ذكره الأصحاب في انعزال هؤلاء ثلاثة أوجه:

أحدها: ينعزلون فإنهم فرعوه.

والثاني: لا، فإنهم صاروا ولاة بأنفسهم.

والثالث: أنه إن استخلفهم بالإذن لم ينعزلوا إلى آخره.

ثم قال: وهذا التفصيل يحتمل، فإنا إذا ملكناه الاستخلاف وصدوره عن الإمام أيضًا، انتهى.

وما جعله الرافعي المشهور هو ما أجاب به الماوردي وتبعه الروياني، وسيأتي في آخر الفصل عن الماوردي ما قد يخالف ذلك فراجعه.

والمتوجه عندي ما نقله الإمام؛ لأن الخليفة في أمر جرى دون الخليفة في الأمر العام الذي أقامه فيه مقام نفسه، وإذا كان الخليفة في عموم الأشياء فيه خلاف فمن دونه أولى بالخلاف؛ لأن ما فوض إليه جزئية مما تضمنته ولاية الخليفة في جميع الأمور، ويلزم من يقول: لا ينعزل ناظر يتم ووقف بموت القاضي أن يقول: لا ينعزل نائبه المطلق عن هذين الأمرين كمن أفرد لهما، ولا سيما إذا دخلا في نيابته نصًّا صريحًا من مستخلفه، نعم إن ثبت أن الخلاف في انعزال الخليفة عمومًا إنما هو فيما يتعلق بفصل الخصومات أو في خليفة نصب لفصل الخصومات خاصة فحينئذ ينظر في الفرق بين الموضعين، ولم لا يفصل في ناظر اليتم والوقف بين من يكون ببلد الإمام وقربه وبين البعيد عنه وكذلك خليفة القاضي؛ لأنهم إذا كانوا بحضرته أمكنه سد الرتق عن قرب

وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ انْعِزَالِهِ: حَكَمْت بِكَذَا، فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

بالنصب في أعمالهم بخلاف البعيد من الدار عنه فتأمله.

فائدة: ما يستفيده القاضي بالولاية في الأوقات على ضربين:

أحدهما: أن يؤول إليه بكون أن الواقف لم يشترط في وقفه ناظرًا أو بتفرد من شرط له النظر أو يخرج عن الأهلية.

والثاني: أن يقول الواقف في شرطه والنظر فيه لحاكم المسلمين ببلد كذا ونحو هذا فهل حكم من ينصبه الفاضل لضربين:

الأول: حتى لا ينعزل بموته وانعزاله على ما جزم به المصنف، أو أن المراد الضرب الأول فقط؟

أما **الضرب الثاني**: فهل ينعزل المنصوب فيه من جهة المنعزل ويعود النظر فيه إلى القاضي الجديد؟ الظاهر انعزاله قطعًا؛ لأنه آل إلى القاضي الجديد بشرط الواقف كما لو شرط النظر لزيد ثم لعمرو فنصب زيد لنفسه نائبًا فيه ثم مات زيد، فإنه ينعزل نائبه لا محالة ويصير النظر لعمرو بالشرط، والله أعلم.

قال: (**وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ انْعِزَالِهِ: حَكَمْت بِكَذَا**) أي: كنت حكمت بكذا أو كنت حكمت لفلان بكذا؛ لأنه لا يملك الحكم حينئذ، فلا يقبل إقراره به بخلاف ما لو قاله في حال ولايته.

قال الماوردي: وهذا أصل مطرد، يعني أن من ملك أشياء شيء ملك الإقرار به وصح منه ومن لا فلا، كما لو قال بعد العدة: كنتُ راجعتها في العدة، أو بعد لزوم البيع: كنت أعتقته قبل البيع.

فَرْعٌ: لو قال: هذا الشيء الذي في يد فلان الأمين لزيد دفعته إليه أيام قضائي، فأنكر زيد القبض منه واعترف الأمير لآخر، فالقول قول الأمين، ذكره شريح والهروي وزاد: وإن سلم القبض منه، فالقول قول القاضي.

قال: (**فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: باتفاق الأصحاب كما قاله الرافعي.

أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الْحُكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال الماوردي: وهو مذهب الشافعي؛ لأنه شهد على فعل نفسه، والثاني: يقبل؛ لأنه لا يجر بها إلى نفسه نفعًا ولا يدفع ضرًا، ولو شهدت مرضعة على إرضاعها فوجهان، واختلف في الراجح، فمن رجح المنع استوى البابان عنده، ومن رجح القبول فرق بأن فعل الحاكم مقصود وفعلها لا اعتبار به، بل العبرة بوصول إلى الجوف، وبأن شهادته على حكم نفسه تتضمن تزكية نفسه؛ لأن الحاكم لا بد وأن يكون عدلًا والمرضعة بخلافه.

قاله الرافعي: وفرق الماوردي بأن الرضاع من فعل الولد فجازت شهادتها فيه والحكم من فعل نفسه فلم يجز أن يكون شاهدًا فيه.

فَرْعٌ: لو شهد المعزول أن فلانًا أقر في مجلس حكمي بكذا أو أنه ملك زيد.

قال الرافعي وغيره: قبلت، فإنه لم يشهد على فعل نفسه.

قال الماوردي: ولا يحتاج في هذا الإقرار إلى استرعاء؛ لأن الإقرار في مجلس الحكم استرعاء، وأشار بهذا إلى وجهٍ سيأتي أنه لا بد في التحمل من الاسترعاء.

قال: (**أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الحكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وظاهر المذهب كما قاله الإمام، كما لو شهدت المرضعة على رضاع محرم ولم يذكر فعلها، والثاني: المنع؛ لأنه قد يريد نفسه فيجب البيان ليزول اللبس.

تنبيهات: عبارة «المحرر» وبقية كتبهما وغيرهما، ولو شهد مع آخر على حكم حاكم جائر الحكم، وعبارة «الحاوي»: إذا شهد بأن حاكمًا حكم بكذا، وأرسل ذكر الحاكم فوجهان، وعبارة ابن شداد وغيره: ولو شهد أنه قضى به قاضٍ، وقضية ذلك أن قولهم جائر الحكم تأكيد، وعبارة ابن أبي الدم: لو قال: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل ففي قبول هذه الشهادة والحالة هذه وجهان ذكرهما العراقيون والمراوزة عنهم هكذا ذكره الإمام والقاضي أبو الطيب وغيرهما وسياق كلامه يقتضي أنه لا بد من قوله: عدل، وهو معنى قوله: غيره جائر الحكم.

....

ثم قال: وهاهنا بحث في مسألة لم أجدها مسطورة وإنما استخرجها الفكر وهو إنا إذا جعلنا المعزول شاهدًا فيما إذا أضاف القضاء إلى نفسه وإذا أطلق، فإذا قال: أشهد أني قضيت لفلان بكذا، وقبلنا ذلك فهو شهادة بلا شك وليس بحكم منه الآن فلا بدّ من شاهد آخر يشهد معه، وصيغة شهادته أن يقول: أشهد أن هذا قضى في زمن ولايته، ومحل حكمه لفلان بكذا، فيثبت حينئذ الحكم بالحق المشهود بالحكم به.

أما إذا قال: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل وحضر شاهدًا آخر يشهد بذلك فصيغة شهادته أن يقول: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل لتتفق الشهادة في المعنى، فلو قال الشاهد الآخر: أشهد أن هذا قضى في حال ولايته بكذا مع قول المعزول: أشهد أنه قضى لفلان قاضٍ عدل ثم تُلفق الشهادتان قطعًا فلا يثبت الحق فلو قال المعزول: أشهد أن قاضيًا قضى بكذا فالآخر كيف يشهد أيقول: أشهد أن قاضيًا قضى بكذا؟ أو: أشهد أن القاضي الذي شهد هذا أنه قضى بكذا؟

وهكذا في الصيغة الأولى أيقول: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل كما تلفظ به الحاكم المعزول؟ أو يقول: أشهد أن القاضي العدل الذي شهد هذا أنه قضى لفلان بكذا؟

هذا عندي فيه تردد ظاهر ولم أظفر به مسطورًا، ومستند التردد، وفي إحمال الشاهد الآخر اسم الحاكم الذي شهد عليه أنه حكم بكذا أن أصحابنا قالوا: لو شهد شاهدان لم يقضيا قط على قاضٍ عدل، ولم يسمياه ولا عيناه، بل قالا: نشهد أن قاضيًا عدلًا قضى لفلان بكذا أو: شهدنا على نفسه بذلك في حال ولايته وعمله هل يقبل؟ فيه وجهان.

قال الإمام: وظاهر المذهب قبول ذلك، فالتردد الذي أبديته في الشاهد الذي يشهد مع الحاكم المعزول يجرح لفظ شهادته وسماعها على هذه المسألة، وهذا من لطيف الفقه ودقيقه فليفهم، انتهى لفظه.

وَيُقْبَلُ، قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: حَكَمْت بِكَذَا، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحِلِّ وِلَايَتِهِ فَكَمَعْزُولٍ.

وما جعله الإمام ظاهر المذهب هو ما جعله جماعة حجة للوجه المرجح في صورة الكتاب، وقال الرافعي: إنه المشهور، وأشار بعضهم إلى وجه آخر، فعلى ذلك الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما، ثم يجوز أن يقال الوجهان فيما إذا علم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه أما إذا لم يعلم فتقبل لا محالة لجواز أن يريد حكم غيره.

قال: وعلى هذا الاحتمال فلو شهد المعزول أن حاكمًا حكم به وشهد معه أن المعزول قد حكم به وجب أن تقبل؛ لأنا لا نعتبر على هذا التقدير إلا بأن يصحح الصيغة ولا يشهد على فعل نفسه، انتهى.

قال: (**وَيُقْبَلُ، قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: حَكَمْت بِكَذَا**) أي: لقدرته على الإنشاء في الحال حتى لو قال على سبيل الحكم: نساء هذه القرية طوالق من أزواجهن فيُقبل ولا حاجة إلى حجة، كذا جزم به الرافعي.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحِلِّ وِلَايَتِهِ فَكَمَعْزُولٍ**) إذ ليس له ابتداء الحكم هناك فليس له الإقرار به، وقوله: فكمعزول قد يؤخذ منه ما سبق في شهادات المعزول على حكمه إذا أتى بصيغة الشهادة حتى يجري فيه ما تقدم من الخلاف ولم أره.

وقال ابن أبي الدم: إذا قال وهو حاكم: قضيت لفلان بكذا على فلان قبل قوله بالإجماع عندنا وعند الخصم، وإن منعنا القضاء بالعلم على قول؛ لأنه أهل لإنشاء القضاء الآن فكان أهلًا للإخبار عنه، وشرط هذا أن يلفظ به في عمله فلو خرج منه إلى غيره فقال: كنت حكمت بكذا في عملي لم يقبل منه حتى يرجع إلى عمله فيقوله فيه، انتهى.

إشارات: ما ذكروه من قبول قوله في دوام ولايته: حكمت بكذا بلا حجة ظاهر في القاضي الكامل المجتهد، وأما المقلد ففي قبوله منه وقفة إلا أن يكون مجتهدًا في مذهب إمامه، ولا ريب عندي في عدم قبوله من الجاهل والفاسق الذي ينفذ قضاؤه للضرورة، وقد استخرت الله تعالى وأفتيت فيمن سُئِلَ عن قضاة العصر عن مستند قضائه، فلم يذكر شيئًا أنه يلزمه بيان ذلك؛

وَلَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلًا أُحْضِرَ وَفُصِلَتْ خُصُومَتُهُمَا.

لأنه قد يظن ما ليس بمستند كما هو كثير وغالب، وفيما ذكره من القبول، وإن منعنا القضاء بالعلم نظرًا لأن علة القبول بالمنع موجود هنا، وقول الرافعي: حتى لو قال على سبيل الحكم إلى آخره يشبه أن يكون محله في قرية قليل عدد أهلها، أما لو كانوا غير محصورين لسعة البلدة أو في مصر كدمشق وبغداد فلا للقطع ببطلان قوله ومجازفته.

فَرْعٌ: حمل قول المصنف فـ(كمعزول) قوله في «البيان»: ولو خرج القاضي من عمله إلى غيره لم يجز له أن يكتب إلى حاكم آخر بما ثبت عنده ليحكم به لينفذه، فإن فعل ذلك لم يعتد بكتابه، وهكذا إن وصله كتاب من حاكم فقرأه في غير بلد عمله وشهد عنده شاهدان بذلك لم يجز له العمل لموجب ما كتب إليه حتى يرجع إلى بلد عمله ويقرأ الكتاب ثانيةً ويعيد الشاهدان الشهادة؛ لأنه في غير عمله كسائر الرعية، وإن حضر إليه خصمان في غير عمله فحكم بينهما لم يعتد به، وإن كانا من بلد عمله هكذا قاله أصحابنا، والذي يقتضيه المذهب أنه يكون كما لو تحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء وليس بقاضٍ على ما مضى، انتهى وفيه نظر؛ لأنه إنما حكم وتحاكما إليه بناء على أنه قاضٍ لا بالتحكيم.

قال: ولو أذن الإمام للقاضي أن يحكم بين أهل ولايته حيث ما كانوا جاز له الحكم بينهم في ولاية غيره، انتهى.

ولو أذن له أن يحكم في الناس مطلقًا حيث حل من البلاد هل يصح؟ فيه للنظر مجال.

قال: **(وَلَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلًا)** أي: ومعتقده أنه لا يجوز الحكم بشهادتهما.

(أُحْضِرَ) أي: إن لم يوكل حيث يكفي التوكيل.

(وَفُصِلَتْ خُصُومَتُهُمَا) قال الرافعي: إذا جاءه القاضي الجديد متظلم من

....

القاضي المعزول فطلب منه إحضاره لم يتسارع إلى إجابته، بل يسأله عما يريد منه، فإن ذكر أنه يدعي عليه دينًا أو عينًا عن معاملة أو إتلاف أو غصب أحضره وفصل الخصومة بينهما كسائر الناس، ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذ مني بشهادة عبدين أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته ودفعه إلى فلان فكذلك الجواب؛ لأن هذا الأخذ كالغصب لفلان الذي تدفع إليه إن قال: أخذته بحكم المعزول لي لم يقبل قوله ولا قول المعزول، بل يحتاج إلى بينةٍ تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه، فإن لم يكن له بينة انتزع المال منه، وإن اقتصر على أنه له ولم يتعرض الآخذ من المدعي ولا يحكم المعزول، فالقول قوله مع يمينه، انتهى.

تنبيهات: عبارة «البيان»: وإن تظلم منه متظلم وسأل القاضي الثاني إحضاره لم يجز أن يحضره حتى يسأله عن دعواه عليه إذ قد لا يكون له عليه حق، وإنما قصد ابتذاله بالخصومة، وللقاضي أعداء فلا يجوز إحضاره من غير تحقيق الدعوى، انتهى.

وعبارة «النهاية»: وإن حضر رجل وادعى أن الأول ارتشى منه، فالجديد تعدى على المعزول، وتفصل الخصومة بينهما، فأما إذا ادعى أنه ترك الصواب في حكومة وقضى بشهادة عبدين أو معلنين بالفسق فهل يقبل القاضي الجديد هذه الدعوى؟

ذكر العراقيون وجهين: **أحدهما**: أنه لا تقبل ولا يستحضر المعزول لذلك، وهذا ليس بشيء، والوجه القطع باستحضاره، والبحث عن حقيقة الحال، ثم إذا أحضره ولا بينة للمدعي فهل يحلفه؟ ذكروا وجهين؛ فإن أقصى درجات المعزول أن يكون مؤتمنًا، والمؤتمن يحلف، والثاني: لا يحلف؛ فإنه لا يدعي عليه مالًا.

وذكر في «التقريب» هذا الخلاف، وزاد فقال: من أصحابنا من قال: الدعوى مسموعة على الإطلاق، ثم فرع المذهب كما مضى، ومنهم من قال: لا تسمع الدعوى حتى يقول: أخذ مني المال ظلمًا، انتهى.

وَإِنْ قَالَ حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أُحْضِرَ. وَقِيلَ: لَا حَتَّى يُقِيمَ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ، فَإِنْ أُحْضِرَ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ بِيَمِينٍ، والله أَعْلَمُ.

وبالتحليف صرح الماوردي وغيره، وهو ظاهر كلام الشيخين، وذكر القاضي أبو الطيب أن في تحليفه في دعوى الرشوة ما سيأتي، وذكر شريح الروياني أنه إذا عزل القاضي في تحليفه فادعى أنه حكم عليه أيام قضائه بغير حق، وأنه يلزمه ضمان ما أتلفه عليه بحكمه، فأنكر أن الشافعي نص أنه لا يمين عليه، انتهى.

وهو متوجه عند عزله وانعزاله بغير فسق، ولعله مراد النص.

أما لو كان قد ظهر فسقه وجوره وأخذه الرشا، فالوجه الجزم بتحليفه كغيره من الناس ويحسن أن يأتي هذا التفصيل في طلب المتظلم إحضاره، فإن كان مستورًا عدلًا في الظاهر، وإنما انعزل لعجز طرأ أو عزله الإمام ونحوه بلا سبب ونفذناه لم يجز استحضاره إلا بعد سؤال المتظلم، وبيانه ما يوجب إحضاره، وإن كان عزله وانعزاله لما ظهر من سوء حاله أحضره بلا استكشاف كغيره من الناس، وهذا كله في الحاضر بالبلد، فإن كان غائبًا عنه، فسيأتي الكلام فيه.

قال: (**وَإِنْ قال: حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أُحْضِرَ، وَقِيلَ: لَا حَتَّى يُقِيمَ بَيِّنَةً بدَعْوَاهُ فَإِنْ أُحْضِرَ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصَحِّ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ بِيَمِينٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) ما سبق فيما إذا تعرض لأخذ المال بالرشوة أو بشهادة العبدين ونحوهما، أما لو لم يتعرض لذلك في صورة الشهادة بل قال: حكم علي بشهادة عبدين أو فاسقين.

قال في «البيان»: أو قال: حكم بغير الحق ففيه وجهان:

أحدهما: يحضره كما لو قال: غصبت مني، قاله الإصطخري وابن القاص، وهو الأصح عند الروياني وغيره.

والثاني: لا يحضره حتى يقيم البينة على ما يدعيه أو على إقرار المعزول بما يدعيه؛ لأنه كان أمين الشرع، والظاهر أن أحكامه على الصواب فيُكتفى

....

بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحجة على خلافه، وهو الأصح عند البغوي، فعلى هذا قال الرافعي: ليس المعنى أن البينة تقام في غيبته ويكتفى بها، بل الغرض أن يكون إحضاره عن تثبت فيحضر المدعي الشهود ليعرف القاضي منهم أن لدعواه صحة وحقيقة، ثم إذا حظر المعزول ادعى عليه وشهد الشهود في وجهه على المعهود، انتهى.

وحكى الماوردي وجهًا ثالثًا أنه إن اقترن بدعواه ما يدل على صحتها من كتاب أو محضر ظاهر الصحة أحضره، وإن تجردت الدعوى عن أمارة لم يحضره.

وقال في «البيان» تفريعًا على الثاني: وإذا قلنا بهذا فاختلف أصحابنا في كيفية الشهادة التي لا يجوز إحضاره إلا بها فمنهم من قال: لا يحضر حتى يقيم البينة على إقرار القاضي المعزول أنه حكم عليه بغير حق أو على حكمه بشهادة عبدين أو فاسقين؛ لأن من شرط البينة أن تكون موافقة للدعوى، ومنهم من قال: إذا أقام بينة أنه قضى عليه قضاء ما أحضره؛ لأنه يتعذر عليه إقامة البينة عما زاد على ذلك، انتهى.

ثم إذا أحضر بعد البينة أو دونها وأقر طولب بمقتضاه، وإن أنكر بعد الدعوى المحررة بأن يكون حكم علي بشهادة عبدين أو فاسقين بكذا، وهو يعلم ذلك وأنه لا يجوز وأنا أطالبه بالغرم، فإن لم تكن بينة ناصة على ما ذكره صدق المعزول، وكيف يصدق أبيمين أم بغير يمين؟ فيه الوجهان:

أحدهما: بيِّن، قال الرافعي: وهو اختيار العراقيين والقاضي الروياني كالمودع وسائر الأمناء إذا ادعيت عليهم جناية، وهذا ما صححه المصنف، واختاره أبو العباس الروياني كما قاله حفيده شريح وهو القياس.

والثاني: يصدق بغير يمين وبه قال الإصطخري وابن القاص؛ لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال بالمنازعات الباطلة.

قال الرافعي: وهذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم وصاحب

....

«التهذيب» وبه قال صاحب «التقريب» والقاضي الماوردي وسبق رواية شريح له عن النص، ولا فرق بين أن يدعي عليه ذلك في مال أو دم حتى لو ادعى عليه أنه قتل أباه ظلمًا بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف عليه البينة؟ وفي أنه هل يحلف إذا حضر وأنكره؟

وقال أبو سعد الهروي: إذا ادعى عليه بعد العزل أنه قتل ابنه، فقال: قتلته أيام قضائي قودًا، وعرف قاضيًا فيما سبق، فهذه المسألة على قول أبي حامد يعني أنه يحلف يمكن بناؤها على قولين في نقيض الإقرار كقوله لفلان: علي ألف من ثمن خمرٍ؛ لأنه وصل بكلمة الالتزام قرينة تمنع الالتزام في المسلمين، انتهى.

تنبيهات: أحدها: قال الرافعي: هذا ما ذكروه، وهم متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة، وعلى أن بينة المدعي محكوم بها، قال: ونصب في «الوجيز» الخلاف في سماع أصل الدعوى، وقال: إنه مبني على الخلاف بأن الحكم بشهادة العبدين ومن في معناهما هل يقتضي غرمًا؟ وهذا الخلاف غير معروف، نعم إن كان المحكوم به قتلًا أو قطعًا فعن الإصطخري أن القاضي إنما يضمن إذا استوفى بنفسه أو أمر به من استوفاه، فأما إذا استوفاه الولي بإذن القاضي فلا ضمان على القاضي، وخالفه الأكثرون وقالوا: لا فرق فإن القاضي هو المسلط للولي فيمكن أن يجري هذا الخلاف في الأموال، والقول في أن القاضي كيف يغرم؟ يبسط في موضعه، انتهى.

وإنكاره على الغزالي رواية الخلاف غير متوجه، وقد نقله الإمام كما قدمناه بلفظه، وأطلق الهروي أن محمد بن جرير الطبري وغيره من أصحابنا قالوا: لا ينبغي أن يفوق سهم هذه الدعوى نحو القاضي؛ لأن فيه تشنيعًا عليه، وهو مستغنٍ عن هذا التشنيع عليه بأن يقيم بينة على فسق الشهود، وعن بعض الأصحاب أنه قال: دعوى الطعن في الشهود مسموعة على القاضي؛ لأنه ربما يتعذر عليه إقامة البينة، انتهى.

وبهذا تبين أن قول «الروضة»: إنه إذا لم يتعرض للأخذ بل قال: حكم

....

علي بشهادة عبدين ونحوهما فقد حكى الغزالي وجهًا أن دعواه لا تسمع ولا يصغى إليه، وهذا الوجه خطأ لا نعرفه لأحد من الأصحاب، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة وبينة محكوم بها ليس بجيد، بل الوجه المذكور ثابت في «النهاية» وغيرها وإن كان مرجوحًا.

ثانيها: قال في «المهذب»: إذا ادعى أنه حكم عليه بشهادة عبدين أو فاسقين، وأقام بينة استحضره فإن جحد فالقول قوله مع يمينه.

قال القاضي الْفَارِقِيّ: وهذا إذا لم يكن الشاهدان موجودَيْن ولا يمكن معرفة حالهما في الحال بأن يكون قد ثبت عدالتهما عنده ثم عدما أو غابا، أما مع الحضور وإمكان معرفة الحال فلا حاجة إلى الاختلاف واليمين والبينة، انتهى.

وهذا من تصرفه وأقره تلميذه عليه في «الفوائد» وأعرض عنه في «الانتصار» وهو الرأي؛ لأن الفسق يطرأ على العدالة وبالعكس، وإنكار القاضي أن يقول: لم أحكم عليه بشيء أو يقول: إنما حكمت عليه بشهادة عدلين حرين فيصدق بيمينه على الأصح، صرح به مصرحون.

ثالثها: كلامهما هنا يفهم أن الحكم بشهادة العبدين والفاسقين منقوض لا محالة، وقالا في الشهادات واللفظ «للروضة»: إذا حكم باثنين ثم بان أنهما كانا عبدين أو كافرين أو صبيين أو امرأتين [نقض] حكمه؛ لأنه تيقن الخطأ كما لو حكم باجتهاد، فوجد النص بخلافه، ولو بان ذلك لقاضٍ آخر نقضه أيضًا، فإن قيل: فقد اختلف العلماء في شهادة العبد فكيف ينقض الحكم في محل الخلاف والاجتهاد؟

فالجواب: إن الصورة معروضة فيمن لا يعتقد الحكم بشهادة العبيد وحكم بشهادة من ظنهما حرين ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين نقض حكمه على الأظهر، وقيل: قطعًا، انتهى.

وقضية كلامهما الجزم بالنقض فيما إذا بانا عبدين وهو لا يرى قبولهما،

....

وبعدمه إذا كان يراه، وقال شريح الروياني في باب نقض الحكم: إذا بان أنه قضى بشهادة عبدين، وقد قيل: لا ينقض؛ لأنه مختلف فيه، وقيل: إن كان الحاكم الذي حكم يذهب إلى جواز شهادتهما لم ينقض، انتهى وستأتي المسألة هناك.

رابعها: سبق تصحيح المصنف أن المعزول إنما يصدق بيمينه ولم يفصح في «الروضة» هنا بترجيح، وقال في «أصلها» في الباب الثالث من كتاب الدعاوى: إن الأصح تصديقه بلا يمين لقول الرافعي هناك أن الكلام هنا قابل إلى ترجيحه، واختاره القاضي الإمام أبو الحسن السبكي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ في «الْحَلَبِيَّاتِ»: إنه لا يحلف أيضًا.

قال: ولكني لا أشتهي أن أبوح به مخافة قضاة السوء وشهود السوء فعلى المحتاط لذمته إذا رُفِع إليه ذلك أن يقصد الحق ويفحص عن باطن الحال، انتهى.

والظاهر يختلف من ظهرت خيانته وسوء سيرته قطعًا وأن التردد في غيره.

خامسها: قال الرافعي: والدعوى على نائب المعزول في القضاء كالدعوى على المعزول، أي: لانعزاله بعزله على الأصح.

قال: وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة، فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء فقال: أخذت هذا المال أجرة على عمل فصدقه المعزول لم ينفعه تصديقه، ولكن يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل عليه البينة على جريان ذكره الأجرة.

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه لا يعمل مجانًا.

قال الإمام: والخلاف مبني على أن من عمل لغيره، ولم يجز ذكر أجرة هل يستحق أجرة المثل؟

....

قلت: وهذا البناء نقله ابن شداد عن بعض الأصحاب بعد قوله: إن الوجهين في استحقاقه أجرة المثل كالوجهين فيما إذا ادعى راكب الدابة إعارتها والمالك إجارتها، فإن قلنا: له الأجرة، فللأمين أجرة مثله وإلا فلا.

وقال الماوردي: أنهما مأخوذان من ذينك القولين، وقضيته التشبيه والأخذ بترجيح الاستحقاق بخلاف قضية البناء المذكور، والتشبيه أقرب من البناء.

فائدة: قال الرافعي: هنا ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله اكتفاء بأن الظاهر منها السداد لعلمهم وعدالتهم.

قلت: فافهم أنهم إذا لم يكونوا كذلك أن عليه التتبع، وهذا لا يمكن حمله على إطلاقه بل يجيء فيه التفصيل الآتي.

قال: وفي تتبع جواز تتبعها وجهان اختيار الشيخ أبي حامد الجواز احتياطًا، انتهى.

ونسب الماوردي المنع إلى جمهور البصريين، وبه جزم الْمحَامِلِيّ في «المقنع» وصححه الْفَارِقِيّ، واقتضى كلام الرافعي في الكلام على مسائل النقض الجزم به، وما ذكرناه في أحكام الصالح للقضاء، فأما من لا يصلح فتنقض أحكامه كلها أصاب أم أخطأ؛ لأنه لا يصح حكمه هذه عبارة «البيان» وصرح بذلك جماعات من الطريقين، ولم يفصحوا بوجوب ذلك عليه ولا باستحبابه بل أطلقوا ذلك، ولا شك أنه يجب من غير ترافع في صورة كبيرة كما سيأتي.

قال ابن الرفعة: وكلام «الوسيط» المتقدم مصرح بأن من ولاه السلطان ذو الشوكة تنفذ أحكامه وسبق عن صاحب «الكافي» أنه أبداه احتمالًا، وفي «البحر»: لو أن امرأة قلدت القضاء على مذهب أبي حنيفة فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه فحكمت، هل للشافعي نقض حكمها؟

قال الإمام: عندي فيه وجهان:

أحدهما واختاره الإصطخري: ينقض.

والثاني: لا؛ لأنه مجتهد فيه.

وَلَوْ أُدُّعِيَ عَلَى قَاضٍ جَوْرٌ فِي حُكْمٍ لَمْ يُسْمَعْ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ، ....

قال في «البيان»: وإذا كان الأول يصلح للقضاء فلا يجب على الثاني تصفح أحكامه من غير متظلم؛ لأن الظاهر منها الصحة، وهل يجوز أن يتصفحها من غير متظلم؟

وجهان، فعلى المنع لو خالف، أي: اجتهادًا وتصفحها منتقضًا.

قال ابن الصباغ: فإن كان يتعلق بحق الله تعالى كالطلاق والعتاق نقضها؛ لأن النظر في حقوق الله تعالى إليه، وإن كان فيما يتعلق بحق آدمي ولا ولاية له عليه لم يجز له نقضه؛ لأنه لا يستوفي من غير مطالبة ممن له الحق، انتهى.

وكذا قال القاضي أبو الطيب.

قلت: والظاهر أن كل محجور عليه لصبى أو سفهٍ أو جنون أو كان له ولي خاص في حكم من هو في ولاية القاضي بخلاف المكلف الرشيد، نعم سيأتي عن القفال أن القاضي إذا خاف ضياع حقوق الغائبين لطول الغيبة أنه يستوفها، وهل على القاضي أن يوقف الخصمين ليترافعا إليه فينقض الحكم؟

حكى ابْن كَجٍّ عن ابن سريج أنه لا يجب إذا عرف أنه بان الخطأ، وعن سائر الأصحاب أنه يجب وإن علما أنه بان الخطأ؛ لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض الحكم وتعريفهما يرفع التوهم.

قلت: والمتبادر إلى الفهم أن الواجب عليه تعريف المظلوم المحكوم عليه فقط، نعم إعلام الآخر متجه من جهة النصيحة في الدين فيخرج من الظلامة، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ أُدُّعِيَ عَلَى قَاضٍ**) أي: في حال ولايته.

(**جَوْرٌ فِي حُكْمٍ لَمْ يُسْمَعْ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ**) قال الرافعي: إذا ادعى على القاضي المولى ظلمًا في الحكم وأراد تغريمه لم يمكن، ولم يحلف القاضي ولا تغني إلا البينة، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور وأراد تغريمه؛ لأنهما أمينان شرعًا، ولو فتح باب تحليفهما لاشتد الأمر ورغب القضاة عن القضاء والشهود عن أداء الشهادات، وكذا لو قال للقاضي: قد عزلت وأنكر.

....

وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع ذلك كسائر الأمناء إذا ادعيت عليهم الخيانة، انتهى.

وذكر القاضي الإمام أبو الحسن السبكي قاضي الشام ـ رحمه الله ـ في «الْحَلَبِيَّاتِ» التي سألته عنها قديمًا أن القاضي والشاهد لا يحلفان قطعًا، وذكر القاضي الحسين أنا إذا قلنا: إن اليمين المردودة كالإقرار يحلف القاضي، فإن نكل كانت يمين الرد كإقراره واستبعده الإمام، وكلام الغزالي يقتضي أن الدعوى على القاضي فاسدة، ومقتضاه أنه لا يسمع البينة وهو صحيح؛ لأنه نائب الشرع فقوله: **(أصدق من البينة)** وفي كلام الرافعي ما يقتضي سماع البينة فإنه قال: ولا تغني إلا البينة، ووافقه ابن الرفعة وليس بصحيح.

قال: وتوقفت في كتابه، وخشيت أن يداخلني شيء لكوني قاضيًا حتى رأيت ورقة بخطي من نحو أربعين سنة كلامًا في هذه المسألة وفي آخره: وما ينبغي أن يسمع على القاضي بينة، ولا أن يطلب بيمين، وما ذكرناه من كونه نائب الشرع هو السر في كونه لا يضمن ولا يُدّعى عليه، وهذا كله فيما يتعلق بالقضاء، فأما ما يتعلق بخاصة نفسه فهو فيها كآحاد الناس.

قال: ويمكن أن يتناول قول الرافعي: ولا تغني إلا البينة، على أن البينة تقام في المحكوم به على مضادة الحكم الأول فينقض الحكم، انتهى لفظه رحمه الله.

أما ما ذكره عن القاضي الحسين واستبعاد الإمام فأصله أن الإمام قال قبيل باب كتاب القاضي إلى القاضي: ومما ذكر القاضي أن الخصم المحكوم له لو ادعى على القاضي أنك قضيت لي ورفعه إلى قاضٍ آخر وأراد تحليفه فالذي ذكره الأصحاب أنه لا يملك ذلك.

قال القاضي: ينبني هذا على أن اليمين المردودة مع النكول تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار، فإن قلنا: مجرى البينة فلا حكم لها، وإن قلنا: تجري مجرى الإقرار فيحلف، وإذا نكل رد، ثم يمين الرد بمنزلة إقرار، وهذا الذي ذكره كلام مختلط، والظن أن الخلل من الناقل، ثم شرع في بيانه إلى أن قال:

....

فلو أراد الخصم أن يحلف القاضي عند ذلك القاضي أنك قضيت، فالذي أراه أن القاضي ـ يعني الحسين ـ تكلم في هذه الصورة، وحكى عن الأصحاب أنه لا يحلف، وقال من عند نفسه: يجوز أن يحلف في مجلس القاضي الآخر، ثم التحليف ينبغي أن يقع على التذكر، فإن حلف لا أذكر أني قضيت له انقطع الكلام، وإن نكل وحلف من يدعي القضاء فقد يتخيل أن يمين الرد كإقرار القاضي وهذا بعيد، والوجه ما ذكره الأصحاب من أنه لا يحلف فإنه لا خصومة معه، وإنما قوله حجة كقول الشهود فإذا لم تقم الحجة فالتحليف لا أصل له هذا لفظ «النهاية».

والحق أنه وقع خلل من الناقل كما قال الإمام، وصواب النقل عن القاضي ما ذكره الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» في الموضع المذكور: وإن استحلفه الخصم أن القاضي لم يحكم به عليه، قال أصحابنا: لا يحلف، وقال القاضي: عندي إن قلنا: إن النكول ورد اليمين بمنزلة البينة لا يحلف، وإن قلنا: بمنزلة الإقرار يحلف؛ لأنه يقضي عليه بإقراره، وإن لم يتذكر أي القاضي أنه خطه، انتهى.

وعبارة «تعليق» البغوي، ولو كان القاضي لا يعرف حكمه، فقال المدعي: حلف المدعى عليه أنه لا يعرف حكمك هل يحلف أم لا؟ قال: يحتمل وجهين: إن قلنا النكول ورد اليمين كالبينة لا يحلف، وإن قلنا كالإقرار يحلف؛ لأن إقرار المدعى عليه مقبول، انتهى.

فهذه مسألة القاضي الحسين لا ما ظنه الإمام ـ رحمه الله ـ وأيضًا فاليمين المردودة لا يتعدى حكمها إلى ثالث على جادة المذهب، فالصواب أن القاضي لا يحلف في هذا المقام وجرى الغزالي في «البسيط» على ظن إمامه، فقال: فإن قيل: فلو ادعى الخصم على قاض أنه قضى فأنكر، فرفعه إلى قاض آخر، فهل له تحليفه.

قلت: قال: الأصحاب لا يملك ذلك، وقال القاضي: ينبني على أن اليمين المردودة، وذكر ما سبق.

....

ثم قال: وعلى القاضي استدراك على الوجهين، فإنا إنما نقبل إقرار القاضي في محل ولايته ووقته، فاليمين النازلة منزلته لا تزيد عليه، فكيف يقبل في مجلس قاضٍ آخر ولا يتصور ذلك إلا على أحد الوجهين في نصب قاضيين في بلدة واحدة على العموم؟!

وأما قوله: إن القضاء لا يثبت بالبينة ليس كذلك إذا ثبت بالبينة عندنا قاضٍ آخر، ولكن يحتمل أن يمنع من التحليف، فإن قضاءه كتحمل الشهادة، وليس له أن يحلف على أن لي شهادة وأنت تكتمها، فالأصح ما ذكره الأصحاب أنه لا يملك تحليفه تنزيلًا منزلة الشهود، ثم إن قبلت الدعوى فينبغي أن يذكر التذكر، فإنه لو صدقه في قوله وقال: لا أتذكر، انقطعت الخصومة عنه، ويحتمل أن يقال: أراد القاضي أنه لا يثبت بالبينة، أي: لا يثبت عند إنكاره بالبينة عند قاضٍ آخر كما لا تثبت بشهادة الفرع مع إنكار شهود الأصل، وهذا ما أراده القاضي فيما أظن، والله أعلم، انتهى.

وأما تأويله لكلام الرافعي على ما ذكره فعجيب بعيد، وأما ما ذكره عن مقتضى كلام الغزالي فكأنه أخذه من قوله في «الوجيز»: ومن ادعى عليه أنه قضى له فأنكر لم يكن له التحليف كما لا يحلف الشاهد، هذا لفظه في آخر فصل مسند قضاء القاضي، وكذا أورد المسألة في «وسيطه» و«بسيطه» في هذا الفصل.

ومراده أن القاضي لا يحلف عند إنكاره الحكم له كما لا يحلف الشاهد أنه لم يشهد أو لم تحمل الشهادة المطلوبة منه، وحينئذ لا تسمع البينة على القاضي بالحكم له على الخصم مع إنكاره ولا على الشاهد مع إنكاره التحمل أو التذكر، وأما الدعوى على القاضي أو الشاهد للتغريم وإقامة البينة على ما يقتضيه، فلا أحسب أحدًا من الأصحاب يساعد على ذلك أصلًا وكلامه ـ رحمه الله ـ لو ثبت لكان في القاضي العدل الأمين الظاهر الستر والخير لا في كل قاضٍ، وأما إلحاق الرافعي الشاهد فيما ذكره بالقاضي فقد يؤخذ منه أنه لا يسمع الدعوى عليه ولا يطالب بالجواب.

وفي «البيان»: قال ابن الصباغ: إذا شهد على رجل بطلاق أو عتاق أو حد

....

فادعى عليهما بأنهما شهدا عليه بذلك بالزور، وسأل القاضي إحضارهما فإنهما يحضران لجواز أن يقرا فيلزمهما الغرم، فإذا حضرا فإن أنكر فأقام المدعي عليهما بينة، أي: بإقرارهما بأنهما يشهدا عليه بالزور ولا يتصور إقامتهما إلا على الإقرار، كما قاله شيخه القاضي أبو الطيب، وقد يتصور إقامتهما على غيره كما سنذكره إن شاء الله، فإذا قامت البينة لزمهما الغرم، وإن لم تقم البينة بذلك لم يحلفا، انتهى.

وذكر شريح الروياني نحوه، والظاهر أن مراد الرافعي أنه يسمع الدعوى على القاضي بالجور في الحكم وطلب الغرم منه إذا كانت له بينة بما ادعاه ولاحتمال أن يقر بغرم، فإن أنكر لم يحلف ويجوز أن يكون مراده ومراد المصنف أنه لا تسمع الدعوى عليه بالجور ويستحضر لها إلا بعد إقامة البينة على ما ذكر كما هو أحد الوجهين السابقين في الدعوى على المعزول، ولا يحلف هنا إلا عند أبي حامد، وأما سد الباب بالجملة فلا، وقد جزم الرافعي وغيره في باب القسمة أنه لو أقام بينة على ظلم القاضي، يعني في الحكم سمعت كما سيأتي هناك إن شاء الله تعالى.

وقال البغوي في «تعليقه»: هناك وتسمع البينة على ظلم القاضي وكذب الشهود أو على إقرار القاضي أنه ظلمه أو على الشهود أنهم كذبوا، وقد عمت البلوى في هذا الوقت بالمحكوم عليه يدعي أن بينه وبين القاضي الحاكم عليه عداوة دنيوية يمنع نفوذ حكمه عليه وأن له بينة تشهد له بذلك، والمفتي به بلا تردد سماع دعواه وبينته، وقول أبي الحسن السبكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن الشاهد لا يحلف قطعًا ممنوع، بل حكى الجرجاني في «الشافي» في باب اليمين عند الحكام أنه لو ادعى أنه شهد عليه بالزور وأتلف عليه بشهادته مالًا ففيه قولان مبنيان على وجوب الغرم بالإتلاف بالشهادة الباطلة.

وقال في «التحرير»: لو ادعى على شاهد إتلاف مال بشهادة الزور، وقلنا: لا يجب الضمان، لا يحلف، وقضية البناء أن يكون الأصح التحليف، وهو قضية قول الرافعي والمصنف وغيرهما في كتاب الدعاوى أن كل من توجهت عليه

وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ].

يمين، وبعضهم يقول: دعوى لو أقر بمطلوبها لزمه حكمه فأنكر، فإنه يحلف.

واعلم أن فساد الوقت وغالب أهله يوجب التوقف في كثير فما أطلقه الأئمة هنا بناء منهم على كمال القاضي ووجود أهليته العامة، وقول الرافعي في توجيه منع التحليف أنه لو حلف القاضي لاشتد الأمر ورغب القضاة عن القضاء مشيرًا إلى ما ذكرته، ونحن نقطع بأن غالب من يلي القضاء اليوم لو حلف الواحد منهم كل يوم سبعين مرة على عدم جوره في الحكم لم يرده ذلك عن الحرص على القضاء والاستمرار عليه إذا ترك، وقول الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف هو الوجه في هذا الزمان، ولا شك أنه - رَحِمَهُ اللهُ- يسمع البينة ولا شك فيه.

ثم رأيت القاضي شريح الروياني قال: لو ادعى على القاضي أنه قضى بشهادة فساق قال بعض أصحابنا: لا تسمع هذه الدعوى ويؤمر بإقامة البينة.

وقال بعضهم: تسمع الدعوى، فعلى هذا لو أن أنكره القاضي قيل: لا يحلف، وقال أبو حامد: قضية مذهب الشافعي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه يحلف؛ لأنه دعوى خيانة على أمين، انتهى.

ولا شك أن القاضي لا يحلف أنه لم يظلم ولا الشاهد أنه لم يكذب إذا لم يدعِ الخصم إلا ذلك من غير زيادة ولا تسمع البينة على ذلك بمجرده، وأما إذا ادعى المحكوم عليه دعوى تامة على القاضي أو الشاهد فطلب الغرم فلم يقل أحد - فيما أعلم- أنه لا يلتفت إلى دعواه ولا إلى بينته.

قال: (**وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ**) إذا ادعى مدع على القاضي حقًا لا يتعلق بل بخاصة نفسه فهو في ذلك كالآحاد، فإن ترافعا إلى الإمام أو قاضٍ آخر بالبلد أو غيره قضى بينهما ولا إشكال، وإن ترافعا إلى خليفته قضى بينهما على الصحيح المشهور، فإن لم يكن له خليفة وفي بلده قاضٍ مستقل ولا إمام ترافعا إلى قاضي بلد آخر، وقيل: إذا قلنا: إن خليفته ينعزل بموته لم يحكم له كذا قاله الغزالي.

قال الرافعي: وهو مطرد في أبعاضه، وجعله الشاشي في «حليته» الأظهر

....

وتبعه ابن يونس فيما إذا كانت الخصومة له، والوجه محكي في «الحاوي» من غير بناء، وقضية البناء أن يقال: إذا ترافع الإمام وغيره إلى قاضٍ أنه لا يحكم له إذا قلنا: إنه ينعزل بموته، والمنقول الجواز ولا شك فيه، والفرق أن القاضي يمكنه الترافع إلى قاضٍ آخر أو إلى الإمام وليس الإمام - ولا خفاء أن كل ما لم يستفده القاضي بالولاية- هو في الخصومة فيه كالخصومة فيما يتعلق بخاصة نفسه، وذلك في ولايته على أولاده، وما استفاده لا من جهة القضاء كالوصاية إليه، ونظره في وقف شرط نظره له قبل القضاء ونحو ذلك، أما لو شرط نظره له بعد القضاء لكونه القاضي، فهذا موضع تأمل والأقرب أنه يحكم في الواقعة بأن ينصب خصمًا يحاكم المدعي، وقضية فساد الزمان المنع، أما لو شرط له لا لكونه قاضيًا كما لو وقف أبوه وقفًا عليه وشرط نظره لولده، ثم ولد ولده وهكذا فلا يقضي فيه؛ لأنه متعلق بخاصة نفسه، هذا ما ظهر لي والعلم عند الله.

فَرْعٌ: كان من حقه أن يقدم عقب مسائل العزل إذا شرع القاضي في أمر ثم مات أو عزل قبل تمامه فهو ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجوز البناء فيه على فعل الأول، وهو كل ما لا يجوز أن يعاد ولا يزاد كحد قذف استوفي بعضه، أو وجود بعض ألفاظ اللعان، وكيمين أحد المتبايعين في التحالف، وكأيمان القسامة إذا عزل بعد حلف بعضها فينبني في ذلك، ونظائره إذا تصادق الخصمان عليه أو قامت به بينة.

الثاني: ما يستأنفه الثاني، ولا يبني على حكم الأول، وهو كل ما كان الفعل فيه مقترنًا بالحكم كحكمه بفسخ نكاح بإعسار الزوج ولم يفسخ أو ببيع مال المفلس ثم عزل قبل بيعه، وكإذنه لولي اليتيم في بيع ماله في مصالحه وأشباه هذا.

والثالث: ما اختلف أحواله في البناء والاستئناف وهو سماع البينة وله في العزل بعد سماعها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسمعها ولا يحكم بقبولها فتعاد.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: لِيَكْتُبِ الْإِمَامُ لِمَنْ يُوَلِّيهِ، ....

والثاني: أن يعزل بعد الحكم بقبولها وبعد إلزام الحق بها، فعلى الثاني إذا شهد الأول على نفسه بالإلزام أن يبني على حكم الأول في تنفيذ الإلزام.

والثالث: أن يعزل بعد الحكم بقبولها وقبل الحكم بإلزام ما تضمنته، فينظر إن كان الشهود أحياء موجودين لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول حتى يستأنف سماع الشهادة والحكم؛ لأن القدرة على شهود الأصل يمنع من الحكم بشهود الفرع، وإن كانوا موتى أو غير موجودين في الأحياء فللثاني أن يبني على حكم الأول فيحكم بالإلزام بحكم الأول بالقبول؛ لأن تعذر القدرة على شهود الأصل ينتج الحكم بشهادة الفرع، وكما يجوز للقاضي المكتوب إليه أن يحكم بالإلزام بحكم الكاتب بالقبول قاله الماوردي.

قال الشارح: [**فصل**: قال: (**لِيَكْتُبِ الْإِمَامُ لِمَنْ يُوَلِّيهِ**) أي: استحبابًا وكذلك القاضي الكبير لمن يوليه في أعماله الخارجة عن موضع إقامته؛ لأنه ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا حين بعثه إلى اليمن، وكتب أبو بكر لأنس - رضي الله عنهما - حين بعثه إلى البحرين، وعمر لابن مسعود لما بعثه قاضيًا إلى الكوفة.

قال الشاشي: وينبغي للإمام أن يتخذ لنفسه نسخة منه حتى يتذكر بها إن نسي أنه ولاه عمل كذا، انتهى.

ومن فوائده: أن يتذكر به ما أخذه عليه من شرط وأدب ليطالبه بها وتتعاهده هذه بالعمل بمقتضاها وينكر عليه إن خالفها، وإلى هذا أشار الماوردي، وليس كتب العهد شرط في التقليد وإنما يراد لتكون شاهدًا بما تضمنه من صفات التقليد وشروطه، انتهى.

ويكتب في العهد ما يحتاج إلى القيام به، ويعظه فيه، ويجوز ترك الكتابة؛ لأنه ﷺ لم يكتب لمعاذ رضي الله عنه، قال الصيمري في «شرح الكفاية»: وينبغي للإمام إذا ولى رجلًا أن يسلم عهده إليه بيده أو يسلم ذلك إليه بحضرته خوفًا من الزيادة فيه والنقصان، ويوصيه بتقوى الله ومراقبته ويقول: هذا عهدي وحجتي عند الله عليك، انتهى.

وَيُشْهِدُ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ، وَتَكْفِي الِاسْتِفَاضَةُ فِي الْأَصَحِّ ....

وقال الدارمي: يقول له: احكم بكتاب الله تعالى، فإن لم تجد فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم تجد فباجتهادك ما لم يكن إجماع على شيء فيترك كل ما ظهر له من دليل، انتهى.

وهذا كلام في المجتهدين رحمهم الله تعالى.

قال: (**وَيُشْهِدُ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ**) أي: وإن قرب.

(**يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ**) أي: لأهل عمله.

قال الرافعي: قال الأئمة: وليس ذلك على قواعد الشهادات إذ ليس هناك قاضٍ يؤدي عنده الشهادات، أي: غالبًا.

وقال الماوردي: وحيث يحتاج إلى الشاهدين، فإن عرف أهل العمل عدالتهما وشهدا عندهم بذلك لزمتهم الطاعة، وإن لم يعرفوهما لم يلزمهم الطاعة حتى يكشفوا عن العدالة.

قال: (**وَتَكْفِي الِاسْتِفَاضَةُ فِي الْأَصَحِّ**) إذا لم يؤثر عنه ﷺ ولا عن الخلفاء بعده الإشهاد بل كانوا يقنعون بالإشهار والاستفاضة، والثاني: المنع؛ لأن التولية عقد والعقود لا تثبت بالاستفاضة كالإجارة والوكالة هذا ما ذكر في البلد البعيد.

قال الرافعي: ومن الأصحاب من أطلق الوجهين من غير فرق بين أن يكون البلد بعيدًا أو قريبًا، ويشبه ألا يكون في هذا خلاف، ولكن الانتشار والاستفاضة إنما تحصل في مدة وتختلف المدة بحسب قرب المسافة وبعدها، فمن قال: لا بد في المدة البعيدة من الإشهاد إنما قاله لأن الاستفاضة لا تحصل بها غالبًا في مدة مسير القاضي، ومن أطلق فإنه إذا تأخر حتى حصلت الاستفاضة فلا فرق بين القرب والبعد، وحكى في «الوسيط» وجهين في أن مجرد الكتاب من غير استفاضة ولا شهادة شاهدين هل يعتمد عليه أحدهما؟ نعم، لبعد الجراءة في مثل ذلك، والثاني: لا بد من عدلين يخبران عن التولية،

....

وهذا هو المفهوم من كلام عامة الأصحاب وهو قياس أصلنا في امتناع الاعتماد على الخط.

تنبيهات: هذان الوجهان في «النهاية» وغيرها قال الإمام: فإن لم يستفض فمن أصحابنا من اكتفى بكتاب، وهو عندي مشروط يظهر مخايل الصدق، وهو بين في خطوط الكتاب المشهورين وانشراح الآتي به، فإن الجواب في مثل هذا على وفاق من أمره، وقال قائلون: لا بد من شاهدين، وهذا لا يأمن به، والمراد بالشاهدين: عدلان يشيعان، وإذا استخلف القاضي حاكمًا في قرية فقد لا يستفيض مثل هذا فلا يشترط الإفاضة، بل ينقدح فيه الكتاب أو شاهدان، انتهى.

وهذا الكلام يفهم أن الاستفاضة فوق الشاهدين، وأنها تغني عنهما في البلد البعيد، وأنهما لا يغيبان عنها، ولا أحسبه مرادًا له في «الحاوي» ولو لم يشهد بالولاية شاهدان وورد القاضي المولي فأخبر بولايته لم تلزمهم طاعته إن لم يصدقوه، وفي لزومها لهم إن صدقوه وجهان:

أحدهما: تلزمهم؛ لأنهم اعترفوا بحق عليهم.

والثاني: لا، لما تضمنه من إقرارهم على المولِي، أي: بكسر اللام، ولعل الأول أشبه لا سيما إذا عرفوه بالصدق والأمانة، وفي الآثار والأخبار ما يؤيده، ولم ينقل أنه خرج مع معاذ رضي الله عنه من يشهد بولايته اليمن.

ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يكفي خبر العدل الواحد بولاية القاضي، والقبول محتمل؛ لأنه خبر في الحقيقة لا شهادة عند حاكم، ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة وفاقًا فلم لا يكفي خبر العدل، ويلزم العمل به كسائر أخبار الآحاد، ولا سيما إذا عرفوه وعلموا صدقه ويشبه أن يجري الوجهان في تصديق القاضي هنا، وأولى بلزوم الطاعة من خبره عن ولاية نفسه إذا بعث الإمام شاهدين أشهدهما على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب وليقرأه أو يقرأه الإمام عليهما، وإن قرأه الإمام عليهما فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه قاله الرافعي.

قال في «الانتصار»: ثم بعد القراءة يقول الإمام: أشهد على أني قد قلدته

لَا مُجَرَّد كتاب عَلَى الْمَذْهَبِ. وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ،

قضاء البلد الفلاني، وتقدمت إليه بما اشتمل العهد عليه، انتهى.

قال: (**لَا مُجَرَّدُ كتاب عَلَى الْمَذْهَبِ**) أشار إلى نقل طريقين، ولم أرَهما لغيره ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ وكأنه أخذهما مما لخصه في «الروضة» من كلام الرافعي السابق، فقال: إنه المذهب، والمفهوم من كلام الجمهور، وذكر الغزالي في «اعتماده» وجهين، انتهى.

وعبارة «المحرر»: هل يكفي الكتاب من غير شاهدين ولا استفاضة؟ فيه وجهان: أظهرهما: لا، وهذا هو النقل «المحرر».

قال: (**وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ**) أن ينبغي أن يسأل عن حال من في البلد من العلماء والعدول قبل أن يخرج، فإن لم يتيسر سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يجد من يسأله سأل حين يدخل، قاله الرافعي وغيره.

وعبارة إبراهيم المروزي: من تولى القضاء فعليه أن يتعرف على المزكين والمشايخ والأعيان ببلد ولايته، ويتخذ كتابًا من الوالي كي يستفيض فيما بين الناس خبره، ولا يكون دخوله عليهم فجأة فربما ينكرونه، والحاكم المعزول ربما يجحده فيسمح له لو احتاج إلى إقامة البينة على أنه ولي القضاء ببلدهم ولا يتصور إقامة البينة؛ لأن في اعتقاده أن الذي كان قاضيًا ببلده معزول، انتهى لفظه.

وقال الإمام: ينبغي له أن يقدم كتبه إلى محل ولايته، ويتعرف على أحوال العدول والمزكين وأركان القضاء، ويكتب إليهم ليستعدوا، ويكون هذا من أسباب الاستفاضة حتى لا يكون مقدمه فجأة إذ لو فاجأهم وتفاوض الناس بالتثبيت بتكذيبه سمج الأمر وانكسرت النبوة، انتهى.

وما ذكره المروزي من بعث كتاب الوالي أحسن، والمراد بالوالي الإمام ونحوه، وقال ابن أبي الدم: إذا قصد عمله قدم بين يديه كتابًا أو رسولًا إلى أهله يعلمهم بقدومه ليتهيأوا للقائه، فإذا تلقوه أكرمهم على أقدارهم، وينبغي أن يكون بين يديه من يعرفه بذلك، انتهى.

وَيَدْخُلُ يَوْمَ الاثْنَيْنِ، ....

وقال الماوردي: أول آدابه إذا بدأ عمله أن يعلمهم قبل دخوله بوروده قاضيًا فيه، إما بكتاب أو رسول ليعلم ما هم عليه من موافقة أو اختلاف، فإن اتفقوا جميعًا على موافقته دخل، وإن اتفقوا جميعًا على مخالفته توقف، واستطلع رأي الإمام، والأولى أن يستصحب القاضي كتاب الإمام إلى أمير البلد بتقليده القضاء حتى يجمعهم على طاعته جبرًا إن خالفوه، فإن وافقه بعضهم اعتبر حال موافقيه، فإن كانوا أكثر عددًا من مخالفيه وأقوى يدًا دخل، وإن كانوا أقل عددًا وأضعف يدًا توقف، وعلى الإمام رد مخالفيه إلى طاعته ولو بقتالهم حتى يذعنوا له بالطاعة ويعينه بما ينفذ أمره فيهم، فيبسط يده عليهم ليقدر على الانتصاف من القوي للضعيف، ومن الشريف للمشروف ثم ينادي في البلد بوروده؛ ليعلم به الداني والقاصي والعام والصغير والكبير، فيكون أهيب في النفوس وأعظم في القلوب.

قال: (**وَيَدْخُلُ يَوْمَ الاثْنَيْنِ**) هذا ما اقتصر عليه الماوردي والبغوي والرافعي وغيرهم؛ لأن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الإثنين حين اشتد الضحى، أي: تعالى النهار، وقال جماعة يسيرة منهم صاحب «التنبيه»: يستحب أن يدخل صبيحة يوم الإثنين، فإن فاته دخل السبت أو الخميس لما روي: «**بورك لأمتي في سبتها وخميسها**»[١] وهذا لا يعرف، قال بعض الحفاظ: بل لا أصل له، وزاد في «الروضة»: قلت: قال الأصحاب: فإن تعسر يوم الإثنين فالخميس وإلا فالسبت، وعبارة غيره: فإن فاته فليكن الخميس أو السبت، وذكر ابن أبي الدم أنه إن تعذر يوم الإثنين، فيوم الخميس ولم يذكر السبت، وقد يحتج له بما رواه الحافظ عبد القادر الرهاوي وغيره: «**اللهم بارك لأمتي في بكورها، واجعله يوم الخميس**»[٢] لكن الثابت إلى قوله: «**في بكورها**» لا غير، نعم، جاء أن صخر

---

(١) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (١/ ١٨٧).

(٢) حديث صخر الغامدي: أخرجه الطبراني (٨/ ٢٤ رقم ٧٢٧٧) وأحمد (٣/ ٤٣١ رقم ١٥٥٩٥)، والدارمي (٢/ ٢٨٣، رقم ٢٤٣٥)، وأبو داود (٣/ ٣٥، رقم ٢٦٠٦)، والترمذي (٣/ ٥١٧، رقم ١٢١٢) وقال: حسن. وابن حبان (١١/ ٦٢، رقم ٤٧٥٤)=

....

الغامدي الصحابي رضي الله عنه كان يبعث غلمانه يوم الخميس.

فَرْعٌ: قال جماعة: يستحب أن يدخل البلد لابس السواد؛ لأنه ﷺ دخل مكة وعلى رأسه عمامة سوداء، ولأنه أهيب له، وزاد الماوردي استحباب الطيالسة السود في حق الممازج لأبناء الدنيا، ويزيد عليهم بما يتميز به في هيبته بلباس لا يشاركه فيه غيره، وإن كان موصوفًا بالزهد، فالتواضع والخشوع أبلغ في هيبته وأبلغ في رهبته، انتهى.

ولا ينبغي لبس الطيالسة السود في عصرنا لاستهجانه، وإن كان هذا وقع للسلف فقد هجر، فالاختيار تركه إلا في موضع يعتادونه للتجمل في زماننا، إذا دخل البلد بدأ بالجلوس في المسجد الجامع ويجمع الناس بأن يبعث مناديًا ينادي في البلد بأن فلانًا القاضي قد حضر فاحضروا لسماع عهده في وقت كذا، ويكون ذلك في يومه إن كان البلد صغيرًا أو ثلاثةً ونحوها إن كان كبيرًا، فإذا اجتمعوا قرئ عليهم ليعلموا تفاصيل ولايته فيطيعوه فيها، هكذا أورده بعضهم.

وقال الرافعي: إذا دخل فإن رأى اشتغل بقراءة عهده في الحال، وإن رأى نزل منزله وأمر مناديًا ينادي يومًا أو أكثر أو أقل على حسب كبر البلد وصغرها

= والطيالسي (ص ١٧٥، رقم ١٢٤٦)، والبيهقي (٩/ ١٥١، رقم ١٨٢٣٧).

حديث عبد الله بن سلام: أخرجه أبو يعلى (١٣/ ٤٨٨، رقم ٧٥٠٠)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ٦١) قال الهيثمي: فيه هشام بن زياد، وهو ضعيف جدًّا. وابن عساكر (٢٩/ ٩٨).

حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٢، رقم ٢٢٣٨). والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٧٥، رقم ١٣٣٩٠) وفي الأوسط (٣/ ٣٣٠، رقم ٣٣١٢)، والقضاعي (٢/ ٣٤٢، رقم ١٤٩٠). قال الهيثمي (٤/ ٦٢): رواه الطبراني في الكبير، وفيه محمد بن عبد الرحمن الجدعاني، وثقه أحمد وأبو زرعة، وقال النسائي وغيره: متروك.

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١٢/ ٢٢٩، رقم ١٢٩٦٦) قال الهيثمي (٨/ ١٩٤): فيه عمرو بن مساور وهو ضعيف. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ١٤٩، رقم ٧٧٥٠ مكرر)، والقضاعي (٢/ ٣٤١، رقم ١٤٨٩).

حديث أنس: أخرجه ابن عساكر (٥٥/ ٦٣). والخطيب (١٠/ ١٠٢)، وأبو يعلى في المعجم (١/ ٢٢٤، رقم ٢٧٢).

وَيَنْزِلُ وَسَطَ الْبَلَدِ. وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ، ....

إلا أن فلانًا قدم قاضيًا وأنه يخرج يوم كذا لقراءة عهده فمن أحب فليحضر، فإذا اجتمعوا قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود شهدوا، وقال الماوردي: ويختار أن يبدأ بقراءة عهده قبل نظره ليعلم الناس ما تضمنه من حدود علمه من صفة ولايته في عموم أو خصوص، فيجتمع الناس في أفسح بقاعه من جوامعه ومساجده؛ لأنه يتضمن طاعة الله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم ينظر بعد قراءته، ولو بين خصمين لتستقر ولايته بالنظر، وليتواطأ له الخصوم في الحكم، وليعلم الناس قدر علمه وضعفه.

قال: (**وَيَنْزِلُ وَسَطَ الْبَلَدِ**) أي: هو الأولى طلبًا للتسوية بين أهله، نص عليه في «الأم» وجرى عليه الأصحاب، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة، فإن كانت ولايته على ناحية وعمل منتشرًا استحب أن ينزل وسط العمل لما ذكرناه، قال ابن أبي الدم وغيره: ويتخذ له مسكنًا سريًا يليق به، ثم يتخذ له مكانًا للحكم كما سيأتي، ثم إذا انصرف بعد قراءة العهد إلى منزله استحضر الناس وسألهم عن الشهود والمزكين سرًّا وعلانية، كذا قاله الرافعي وغيره، والأحوط السؤال سرًا؛ لأنه أعون له على اطلاعه على أحوالهم، إذ الغالب أن المسؤول لا يتمكن من إبداء جميع ما عنده جهرًا لما يخشى من العداوة أو الأذى، فيجوز أن يكون المراد سرًّا عند التيسر، وعلانية إن لم يتيسر، أو علانية عند الحاجة إليه علانية؛ لأنه أنفى للتهمة.

قال الأصحاب: ويتسلم ديوان الحكم، وهو ما كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات وحجج الأيتام وأموالهم وكتب الأوقاف وأموالها والضوال وأسماء المحسنين وغيرهم وحجج الناس المودعة في الديوان؛ لأنها كانت في بدء الأول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه.

قال الماوردي وجماعة: وهذا أول الأمانات التي يفعلها القاضي في ولايته قبل النظر في المحسنين وغيرهم، وعند أخذه المحاضر ونحوها إن أمكنه تصفحها ومعرفة ما فيها فعل.

قال: (**وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الحبْسِ**) يعني أنه إذا تصدى للنظر العام بعد

....

نقله ما سبق وبعد تسلمه المحاضر والأموال التي في ديوان الحكم كما بيناه، واقتضى إيراد الرافعي نقله عن الأصحاب فأول ما ينظر بعد ذلك في المحبسين؛ لأن الحبس عذاب فينظر هل يستحقونه أم لا ، وصرح الإمام بأن هذه البداءة واجبة، حيث قال: وتقديم هذا حتم وليس من الآداب.

وظاهر كلام «المحرر» و«المنهاج» و«النهاية» وغيرها أن أول ما يبدأ به قبل كل شيء النظر فمنهم قال في «البسيط»: فيبتدئ أولًا كما قدم بالكشف عن أحوال المحبسين، ولا يقصر فيه، ولا يتصدى لفعل خصومة ما لم يفرغ قبله منهم، وذكر نحوه في «الوسيط» وظاهرها البداءة بذلك قبل ما ذكرناه، وجعل ابن شداد ذلك خلافًا، فقال: قال الماوردي: أول ما يبدأ به النظر في أمانات الحكم والأمانة ما يلزمه النظر فيها من غير مستعد، وأمانات الحكم خمس، إلى قوله: هكذا ذكر صاحب «الحاوي».

وقال صاحب «المهذب» و«الشامل» والغزالي: أول ما ينظر في أمر المحبوسين، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: أول ما ينظر في أمر المحبوسين، وطريقة طلب ديوان الحكم ممن كان قاضيًا قبله فيها ذكر المحبوسين، فإذا حضرت بين يديه تصفحها واستعلم أحوالهم منها، ثم أمر مناديًا ينادي ثلاثةً إن اتسعت خطة البلد، أو يومًا واحدًا إن لم تتسع: إن الإمام عازم على كشف حال المحبوسين في اليوم الفلاني، فمن كان له غريم محبوس فليحضر.

قال الماوردي والبندنيجي: وليكن اليوم الرابع من ندائه إذا نادى ثلاثًا عند الحاجة إليه.

قال في «البحر»: وقيل ينادي هكذا أولًا، ثم يبعث الثقة فيكتب أسماء المحبوسين.

قال ابن الرفعة: وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب والبندنيجي والرافعي، قال الروياني: ولا بأس به عندي، انتهى.

....

ثم إن أمكن إحضارهم جملة واحدة أحضرهم وكشف حال واحد واحد بالقرعة وإن لم يمكن إحضارهم واحدًا واحدًا من السجن بالقرعة من السجن، انتهى.

وعبارة الرافعي: ويبعث إلى الحبس أمينًا من أمنائه ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به ومن حبس له في رقعة، وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب أن يبعث أمينين، وهو أحوط فإذا جلس اليوم الموعود وحضر الناس صبت الرقاع بين يديه، فيأخذ واحدة وينظر في اسم المثبت فيها ويسأل عن خصمه، فمن قال: أنا خصمه، بعث ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويخرجه، وهكذا يحضر من المحبوسين بقدر ما تعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم، قال: وفي «أمالي» أبي الفرج أنه يقرع بينهم للبداية، انتهى.

وعن «البحر» أنه يرسل أولًا رجلين من أمنائه، وساق ما تقدم من عبارة الرافعي، قال: وقال بعض أصحابنا: يبعث ثقة ولا يتعين العدد.

قال الروياني: وعندي الاحتياط في العدد، ويجوز أن يقتصر على واحدٍ؛ لأن طريقه الخير، انتهى.

وما في «الأمالي» هو ما أورده الماوردي وجماعة وما في «الأمالي» من الأنواع هو الأحسن الأقيس، وعليه اقتصر القاضيان ابن أبي الدم وابن شداد.

قال: ولا يؤخر بعد النداء النظر في أمرهم، فإذا اجتمع الخصوم وازدحم المحبوسون أقرع بينهم لا بين الخصوم؛ لأن النظر للمحبوس، فإذا وقعت القرعة لواحدٍ أخرجه من الحبس ونادى بإحضار خصمه، ولا يحتاج إلى إذن خصمه في إخراجه؛ لأنه يخرج لحقه لا لحق حابسه، ثم إن كان الحبس قريبًا لم يخرج الثاني إلا بعد فراغه من الأول، وإن كان بعيدًا عن مجلس الحكم أخرج بالقرعة كل من يقدر على النظر في حقهم في يومه، انتهى.

وكذا قال في «البحر»: إنه لا يحتاج إلى إذن خصمه في إحضاره قال: وقيل إذا تبين خصم للمحبوس الذي خرجت القرعة له وجهه القاضي مع أمينه

فَمَنْ قَالَ حُبِسْت بِحَقٍّ أَدَامَهُ، أَوْ ظُلْمًا فَعَلَى خَصْمِهِ حُجَّةٌ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ.

إلى الحبس حتى يأخذ بيد خصمه، ويأتي به إلى مجلس الحكم، وهذا ما أورده أبو الطيب وابن الصباغ، وهو أحسن؛ لأنه أطيب لقلب الخصم فيتوجه أو يوجه عنه من يراه.

قال: (**فَمَنْ قال: حُبِسْت بِحَقٍّ أَدَامَهُ، أَوْ ظُلْمًا فَعَلَى خَصْمِهِ حُجَّةٌ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ**) قال الرافعي: فإذا اجتمع المحبوس وخصمه عنده سأل المحبوس عن سبب حبسه.

وقال ابن شداد تبعًا للماوردي: وإذا تقدم المحبوس سأله عن سبب حبسه، ولم يقتصر على السؤال الأول في الحبس، فإن اتفق الجوابان عمل عليهما، وإن اختلفا عمل على أغلظهما فإن أثبت في ديوان الحكم حبسه قابله بما قاله في الأول والثاني، وعمل على أغلظ الأحوال الثلاثة، انتهى.

قال الرافعي والجواب يفرض على وجوه:

منها: أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ما حبس به مالًا أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما ذكرنا في التفليس، ثم إذا لم يؤدِّ ولم يثبت الإعسار؛ فيُرد إلى الحبس، وإن أدى أو أثبت الإعسار نودي عليه، فلعل له خصم آخر في مال أو غيره، فإن لم يحضر أحد خلي، وإن كان ما حبس به حدًا أقيم عليه، وخلي على ما ذكرنا، انتهى.

وذكر الماوردي هنا تفاصيل حسنة أوردتها في «الغنية» يتعين الوقوف عليها لما تضمنته من الفوائد والزوائد.

ومنها: أن يقول شهدت على البينة فحبسني القاضي ليبحث عن حال الشهود فللأصحاب في جواز الحبس اختلاف يأتي، فإن قلنا: لا يحبس به لم يرده إلى الحبس، وإن قلنا: يحبس رده، وبحث عن حال الشهود، انتهى.

وقال الماوردي: إن قيل بجواز حبسه لم يجز إطلاقه ولا إعادته إلى حبسه من غير استدعاء خصومه؛ لبقائه على حاله، وإن قيل: لا يجوز حبسه نظر،

....

فإن كان القاضي قد قال: حكمت بحبسه لزمه حبسه؛ لأنه حبسه باجتهاده، ولم يجز إطلاقه، وإن لم يقل قد حكمت بحبسه وجب إطلاقه لكن لا يعجل بإطلاقه حتى ينادي في الناس ثلاثة أيام أن القاضي قد حكم بإطلاق فلان من حبسه، فإن كان له خصم قد حبس له؛ فليحضر، ثم يطلقه بعد الثلاثة.

قال ابن أبي الدم: وفيما قاله الماوردي نظران: أحدهما: إنه قال: وإن قلنا: لا يجوز حبسه للأول، فهذا إذا لم ير ذلك رأيًا ومذهبًا، وإلا فلو رأى الأول حبسه، وحبسه جاز ذلك قولًا واحدًا؛ لأنها مسألة مجتهد فيها، ثم إذا رأى القاضي الأول حبسه؛ فالثاني إن رأى حبسه سائغًا بذلك فله استدامته قولًا واحدًا، وإن لم يره والتفريع أن القاضي الأول رأى جوازه وحبسه، فهل يديم الثاني حبسه بطلب الخصم إمضاء لفعل الحاكم الأول أو يطلقه؟ فيه وجهان، النظر الثاني أنه قال: إن قال الأول: حكمت بحبسه لزم الثاني حبسه وإلا أطلقه الثاني، وفي هذا إشارة إلى أن فعل الحاكم أوامره بالفعل ليس بحكم إنما الحكم قوله لفظًا: حكمت بكذا أو لفظة أخرى تقوم مقامها، ويلزم عليه أنه لو ثبت عليه قصاص ثم أمر بقتله أن أمره لا يكون حكمًا، وهكذا أمر رب الدين بعد ثبوته بأخذ دينه من مال المديون حيث يجوز ذلك أنه لا يكون حكمًا بل لا بد من التلفظ بالحكم، وهذا عندي فيه تردد ظاهر.

ثم ناقض قوله هذا فإنه قال متصلًا بما ذكره: أما إذا قال: حبسني تعديًا بغير حق ولغير خصم فدعواه تخالف الظاهر من أحوال القضاة وحبسه حكم فلا ينقض إلا بتعين الفساد، فقوله: وحبسه حكم، دليل على ما ذكرناه قطعًا، انتهى.

قال ابن الرفعة: وكان الجواب عمَّا ادعاه من المناقضة أن الحبس حكم بالحق لا حكم بالحبس، والكلام هاهنا في الحبس لا في الحق، وفي «تعليق» القاضي: إنه إذا قال: حبسني بشهود غير عدول لم تقبل، ولكن يسأل عن عدالتهم، فإن كانوا عدولًا حبسه، وهل يحبسه في المدة التي يتعرف فيها أحوال الشهود؟ فعلى وجهين، انتهى، وسيأتي أن تصرفاته هل هي حكم؟ وبيان ما في ذلك من الاضطراب.

....

ومنها: أن يقول: حبست بخمرٍ أو كلب أتلفته على ذمي، والقاضي لا يعتقد التغريم بذلك، فأصح القولين أنه يمضيه، والثاني يتوقف، ويسعى في اصطلاحهما على شيء، هذا لفظ الرافعي، وكان الأحسن أن يقول: خمر أو خنزير أتلفته على ذمي، كعبارة الماوردي وغيره؛ لأن الكلب الصائد مضمون للمسلم عند مالك وأبي حنيفة كالشاة، ولا يختص ضمانه بالذمي.

ولفظ «الحاوي» فيما رأيته: وإن كان القاضي الأول حنفيًّا يرى وجوب الغرم في الحبس، والثاني يرى مذهب الشافعي لم ينقض حكم الأول لنفوذه في اجتهاد مسوغ، وفي وجوب إمضائه على الثاني قولان: أحدهما: يجب عليه أن يمضيه، ولا يحكم به ويلزم المحبوس حكم إقراره، والثاني: لا يمضيه لبطلانه عنده ويعيده إلى حبسه من غير أن يلزمه القضاء؛ لأنه لا يراه ولا يطلقه؛ لأنه لا ينقض الحكم به وأقره فيه حتى يصطلحا، انتهى.

ولفظ ابن شداد في نقله عنه: فيه قولان: أحدهما: يجب عليه إمضاء حكم الأول ويلزم المحبوس حكم إقراره وأغفل لفظ: ولا يحكم به، ثم ساق في كلامه ما ذكرناه، ثم قال: وقال صاحب «الشامل»: فيه قولان: أحدهما: لا يغرمه، ولكن يتوقف ويجتهد أن يصطلحا؛ لأنه لا يمكنه نقض ما فعله الأول باجتهاده ولا يمكنه إلزامه الغرم؛ لأنه عنده لا يستحق، والثاني: أنه ينفذ حكم الأول ولا يتوقف فيه، وهذا ما في «الذخائر» وما ذكره الماوردي أجمع وقوة كلام «الشامل» والرافعي يفهم أنه على قول الوقف أنه لا يعيده إلى الحبس بخلاف صريح الماوردي.

ومنها: أن يقول: حبست ظلمًا، فإن كان الخصم معه فعليه الحجة، والقول قول المحبوس مع يمينه، وإن ذكر خصمًا حاضرًا في البلد فوجهان: **أحدهما**: أنه يطلق؛ لأن الأصل أنه لا شيء عليه، والخصم يحتاج إلى حجة فيستأنف الخصومة ويقيم الحجة متى شاء وأظهرها أنه يحضر الخصم أولًا، فإن الظاهر أنه حبس بحق، ثم إذا حضر فالحكم على ما ذكرنا، وإن ذكر خصمًا غائبًا فطريقان: أحدهما: القطع بأنه يطلق؛ لأن الحبس عذاب وانتظار الغائب

....

يطول، وأظهرهما أنه على وجهين، فإن قلنا: يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيل، وإن قلنا: لا يطلق فيكتب إلى خصمه ليعجل الحضور، فإن لم يفعل فحينئذ يطلق، وإن قال: لا خصم لي أصلًا، أو قال: لا أدري لما حبست، نودي عليه في طلب الخصم، فإن لم يحضر أحد حلف وأطلق، وإنما حلف هاهنا ولم يحلف في الأجوبة السابقة؛ لأن هناك ظهر الخصم وفضل الأمر فدعوى أنه ليس له خصم آخر لا يخالف الظاهر، وأما الحبس من غير خصم فإنه خلاف الظاهر.

قال في «الوسيط» أي تبعًا لإمامه: وفي مدة المناداة لا يحبس ولا يخلى بالكلية، لكن يرتقب، وحكى في «الذخائر» و«البسيط» وجهًا آخر عن الفوراني أنه يخلى على الفور، فإن المراقبة تعذيب والأمر فيها يطول، انتهى.

ولعل المراد أنه يراقب من حيث لا يشعر، وأحسبني رأيته كذلك وإلا فالتوكيل به أخو الحبس كما قاله الإمام أو أشق.

قال الرافعي: وحيث أطلق من ادعى أنه مظلوم فهل يطالب بكفيل؟

فيه وجهان: أظهرهما: لا، ثم قال في كلامه على ألفاظ «الوجيز» تفريعًا على الإطلاق: ثم إذا حضر خصمه مجلس الحكم وادعى عليه فعليه إتيان الحق الذي يدعيه ببينة تقوم على نفس الحق أو على أن القاضي المصروف حكم عليه بذلك.

وفي «أمالي» أبي الفرج: إنه يكفي لاستدامة الحبس قيام البينة أن القاضي المصروف حبسه بحق هذا المدعي، وإن لم يبين جنس الدين وقدره، انتهى.

وفي «البحر»: إنه إذا ادعى أنه حبس في غير حق نودي عليه ثلاثة أيام: ألا من كان له عند فلان بن فلان حق فليحضر في يوم كذا فإن القاضي عازم على إطلاقه من السجن.

وفي «تعليق» القاضي الحسين أن بعضهم قال: ينادى عليه ساعة أو ساعتين، فإن كان له خصم وإلا خلي سبيله، وقال بعضهم: ينادى عليه حتى يشتهر في البلد.

....

وما ذكره الرافعي من تحليفه هو المشهور، وكيفيته أن يحلف بالله أنه حبس بغير حق كما قاله القاضي أبو الطيب.

وفي «الذخائر» صورة: لا أدري لم حبست، وحُكِي فيها نحو ما ذكره القاضي الحسين ولم يتعرض لتحليفه.

قال ابن الرفعة: وفهمت مما حكاه القاضي عن بعضهم أنه لا يحتاج في الإطلاق إلى اليمين، وجزم الفوراني بأنه إذا قال: حُبست بظلم، لا يقبل قوله.

وفي «الحاوي»: إن دعواه مخالفة للظاهر من أحوال القضاة، أي: قضاة العدل.

قال: وحبسه حكم لا ينتقض إلا بيقين الفساد ويطلب منه البينة، فإن شهدت أنه حبسه بحق عزر، وإن شهدت أنه حبسه بظلم نادى عليه ثلاثةً كما ذكرنا، ثم يطلق إن لم يحضر خصم، وإن لم يبينه بأحد الأمرين أعاده إلى الحبس ويكشف عن حاله حتى يأنس بعد الكشف من ظهور حق عليه ويطالبه بكفيل بنفسه؛ لأن الحبس واجب عليه، فإن عدم كفيلًا استظهر في بقاء حبسه على طلب كفيل، ثم يطلقه عند إعوازه، وهذا غاية ما يقدر عليه القاضي هذا حاصل «الحاوي».

وفي «البحر»: لو قال: حبسني ظلمًا، عن الحاكم لم يقبل منه؛ لأنه خلاف الظاهر كما لو قال: حبسني الحاكم ظلمًا، وقيل: إن كان فلان حاضرًا أحضر حتى يقيم البينة أن له عليه حقًا وإلا أطلق، وإن كان غائبًا فوجهان: **أحدهما**: يطلق؛ لأن الأصل ألا حبس، **والثاني**: لا؛ لأن الظاهر أنه حبسه القاضي بحقٍ، ذكره بعض أصحابنا بخراسان، يعني الفوراني في «الإبانة».

والإمام حكى الوجهين في حال الغيبة البعيدة عن بعض المصنفين وعناه أيضًا، وقال: أنا على القول بعدم الإطلاق يكتب إلى الموضع الذي فيه الخصم حتى يحرص على إظهار حجته، فإن قصر أحلفناه وعلى مقابله يراقب، فأما الرد إلى الحبس فإدامة للعذاب، ولا سبيل إليه.

....

قال: وقد يرى الإنسان في مجموعات الأصحاب عبارات موهمة، انتهى.

فَرْعٌ: في «الوسيط» و«الوجيز» أن القاضي يطلق من كان الأول حبسه تعزيرًا.

قال الرافعي: وسكتت معظم الكتب عنه، ولعل وجهه أن التعزير يتعلق بنظر الحاكم الذي بانت عنه الجناية، ولا يدري هل كان الحاكم المصروف يديم حبسه لو لم يصرف؟ لكن لو تلفت جنايته عند الثاني، وقد صرح الماوردي ورأى إدامة حبسه فالقياس الجواز، انتهى.

وقال ابن الصلاح: إن كلام الغزالي محمول على ما إذا كان فيما مضى من حبسه كفاية في تعزيره، وهو صحيح فيما إذا علم الثاني جنايته، وقد صرح الماوردي بالمسألة لكنه قصرها على تعزير اللدود وعليه اقتصر ابن شداد.

إشارات: تتعلق بلفظ المصنف وغيره قوله: فمن قال: حبست بحق إدامة عبارة «المحرر» فإن اعترف أنه حبس بالحق أمضى عليه الحكم، وصورتها كما قاله الإمام وغيره أن يقر أنه حُبِس بحق، وصورها في «الشامل» وغيره بما إذا أقر أنه حُبِسَ بدين، وهو قادر أو أنه حُبِسَ بثمن مبيع أو قرض أو عن غصب ولم يقم بينة بتلفه.

وقال الماوردي: الخامس أن يقول: حبسني لخصم بحقٍ، فإذا حضر الخصم وطلب، فإن كان الحق في بدن كقصاص وحد قذف فالحبس غير مستحق؛ لأنه يمكن تعجيل استيفائه فيستوفى ويخلى بعد النداء عليه على ما بيناه، وإن كان بحق مالي نظر إن كان عينًا فإن استحق بعقد حكم فيها بما يقتضيه العقد، وإن استحق بغيره كالغصوب، فإن ثبت عند القاضي عنه حكم الثاني بتسليمه إليه أو بإقراره رفع يده عنه، ولم يحكم بتسليمه إليه لجواز أن يكون لغيره، ولا يمنع المدعي منه وإن كان مالًا في الذمة فيأمره بقضائه إن كان ماليًّا، وإن ادعى الإعسار نظر في سبب الاستحقاق، فإن كان في مقابله قال: صار إليه كثمن مبيع أو قرض لم تقبل دعوى الإعسار إلا بعد الكشف،

ثُمَّ فِي الْأَوْصِيَاءِ، فَمَنْ ادَّعَى وِصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ.

وإن كان عن غير مال صار إليه كقيم المتلفات أو مهر مثل أو صداق صدق في إعساره بيمينه ووجب إطلاقه بعد النداء عليه على ما بيناه، وذكر ما سقناه عنه في «الغنية» من إقامة الخصم البينة بأن له كذا.

قلت: وقد يفهم من قول المصنف: بحق، أنه إذا كان حُبِسَ تعزيرًا للدد أو غيره أنه يديمه وقد بينا ما قيل فيه، ولا خفاء أنه لو قضى الأول بحبسه مدة معينة يجوز حبس المعزر إليها أن الثاني يديمه إلى نهايتها.

وقوله: فإن كان غائبًا كتب إليه ليحضر، أي: أو يوكل، وقياس ما سلف أن يقال: كتب إلى قاضي بلده لا إليه نفسه، ويشبه أنه المراد إذ لا يكتب القاضي إلى من لا يعرفه ولا إلى بعض من يعرفه، والغرض إعلامه كيف اتفق ولو باطلاع عدل فيما أراه سبق كلام الرافعي في أن الخصم تارة يحضر معه المجلس وتارة يكون حاضرًا في البلد لا المجلس، وحكى فيها وجهين، وحكى فيما إذا كان غائبًا عن البلد طريقين كما تقدم إلى قوله: فإن قلنا: يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيل، وإن قلنا: لا يطلق، فيكتب إلى خصمه في الحضور، ولم يرجح شيئًا، ووقع في «الروضة»: وإن قلنا: لا يطلق حبس أو يؤخذ منه كفيل، وهو خلاف ما في «الشرحين» وأغفل صورة ما إذا كان حاضرًا في البلد لا المجلس لسقوطها من نسخ، وأغفل التفريع وما ذكر عن أبي الفرج في الكلام على لفظ «الوجيز».

قال: (**ثُمَّ فِي الْأَوْصِيَاءِ، فَمَنْ ادَّعَى وِصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ**) إذا فرغ من المحبوسين نظر أولًا في أمر الأيتام الذين في عمله والأوصياء عليهم، وكذا على المجانين والسفهاء وعلى تفرقة الصدقات، وكذا سائر الجهات العامة لتوليهم مال من لا يملك المطالبة ولا يعبر عن نفسه فكان النظر فيهم أولى.

قال الماوردي: ويبدأ بمن يرى من الأوصياء من غير قرعة بخلاف

....

المحبوسين؛ لأن النظر فيهم لهم وهاهنا عليهم لا لهم ما إذا كان الأوصياء عليهم في عمله، وللولي عليهم في غيره فنظره في ذلك مبني على أنه هل له في ذلك المال الذي في عمله لهم أم لا؟

تردد فيه جواب القاضي الحسين والأصح في «أدب القضاء» لابن أبي الدم: وإليه مال الإمام، وسبيل تصرفه فيه كتصرفه في أموال الغُيَّب، وسيأتي بيانه.

وإطلاق الرافعي والمصنف وغيرهما يفهم القول بمقابله، ثم نظره في الأوصياء بعد ثبوت الوصاية لديه، إما تنفيذ من قبله لها، وإما بقيام بينة عنده بها يكون باختياره في أمانته وقوته وسيجده لا يخلو فيها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون أمينًا كافيًا فيقره وليس له أن يشتد به، وسبق عن الإمام ووالده كلام فيما إذا كان الموصي جعل له جعلًا ووجد القاضي متبرعًا فراجعه.

الثاني: أن يكون أمينًا ضعيفًا لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصية إما لكثرة المال أو لضعفه في نفسه، فعلى القاضي أن يضم من أمنائه من يقوى به ولا يرفع يده.

قلت: هذا ظاهر إذا كانا متبرعين أما لو كانا مستجعلين فهو موضع نظر يحوج إلى تفصيل وفكر فيما يصنع في ذلك.

الثالث: أن يكون خائنًا في الأمانة، فاسقًا في الديانة؛ فيجب انتزاعها منه، وردها إلى أمين كافٍ غيره.

الرابع: أن يكون ثقة في الأمانة، فاسقًا في الديانة، فينظر فإن كانت الوصية على أطفال ونحوهم أو تفرقة الثلث في غير معينين انتزعها منه وردها إلى أمين، وإن كانت في تفرقته على معيّنين أو قضاء دين لمسميين.

قال الماوردي: جاز أن يقرها في يده، والفرق أن تلك ولاية واجتهاد وليس الفاسق من أهلها، وهذه مقصودة بالتعيين على التقيد دون اجتهاد، والمذكور في «البحر» وغيره إطلاق القول بنزع المال منه في حال قوة أمانته وفسقه في الديانة، وعليه ينطبق إيراد كثيرين وإطلاقهم أنه ينتزع المال من

....

المال؛ لأن فسقه في الديانة قد يجره فسقه في الأمانة.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: بقى حالة خامسة: وهي أن يشك القاضي في عدالته، وقد حُكِي فيها وجهان في «الشامل» وغيره أحدهما عن الإصطخري أنه يقول: المال في يده، والثاني: عن أبي إسحاق واختاره صاحب «المرشد» أنه ينزعه منه حتى يتحقق عدالته، والأول أقرب إلى كلام الشيخين بل هو ظاهر كلام الجمهور، ولك أن تسأل عن صورة المسألة هي فيما إذا قامت بينة عنده بأصل الوصية، ثم بعدالة الوصي من غير أن يتقدم لغيره من الحكام، نظر في ذلك بتنفيذ أو غيره، وبقي عنده مع البينة شك، أو هي فيما إذا نفذ غيره الوصية، والذي قاله البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما: إنه لو أقام الوصي بينة بأن القاضي المتصرف بعد وصيته، وأطلق تصرفه في المال لم يكن للثاني التعرض له، ويمضيه على ما ثبت عنده من حكم الأول؛ لأن الظاهر أن الأول لم ينفذه إلا بعد ثبوت أهليته نعم يراعيه، فإن تغير حاله إلى حالة من الأحوال الثلاث عامله بما ذكرناه.

ولعل صورة الفرع فيما إذا طرأ له الشك في عدالته بعد ظهورها له على كلا التقديرين، ويجب أن يكون ما ذكرناه من التقدير الثاني فيما إذا كان القاضي الأول من أهل الدين والستر والعلم وإلا فلا عبرة بما تقدم منه من ذلك، بل هو كالعدم أو شر منه.

وذكر القاضي الإمام أبو الحسن السبكي - رَحِمَهُ اللَّهُ - في أواخر المساقاة من «شرحه» تفقهًا أن هل للقاضي أن يضم إلى الوصي غيره بمجرد الريبة من غير ثبوت خلل؟ الذي يظهر من كلام الأصحاب والرافعي هنا المنع وفساد الزمان يقتضي الجواز ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

قال: وهذه المسألة لم أرها منقولة، وقد يقال: يتخرج على جواز الحكم مع الريبة، وفيه وجهان هذا في الابتداء، أما في الدوام فلا ترفع يده بالريبة، وأما ضم آخر إليه فالذي أراه الجواز ابتداء ودوامًا؛ لأنه إذا جاز عند أمانته

....

وضعفه ضم آخر إليه فعند الريبة أولى، انتهى.

وهذه الأولية محتملة إذا كانا متبرعين، ثم ما ذكره إنما يجيء على قول الإصطخري، أما على قول أبي إسحاق فينزع المال منه، ويشبه أن يقال: إن قويت الريبة ضم إليه أمينًا، وإن ضعفت فلا؛ لما فيه من الحجر عليه ومشاركته في ولايته من غير سبب أو قرينة ظاهرة تقتضي ذلك، وهذا إذا كان الأمين متبرعًا، أما لو كان مستجعلًا فلا ينبغي الضم إلا عند الضعف للضرورة اللهم إلا أن يحصل بضمه ضعف أو إضعاف ما يجعل له.

ولو كان للوصي جعل فهل نقول: يشاركه المضموم فيه إذا لم يتبرع بالعمل أو يجعل القاضي له جعلًا آخر بحسب العمل؟ هذا موضع نظر واجتهاد من أهله.

الثاني: إذا قلنا: يقر المال في يده لو كان موجودًا، فلو لم يجده وادعى أنه صرفه في جهاته.

قال ابن الرفعة: قال الرافعي: فإن كان مستحقوه بالوصية معينين لم يتعرض له؛ لأنهم يطالبوه لو لم يصل إليهم، وإن كانوا غير معينين فالقول قوله ولا يضمنه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: إن للوصي إذا كان قد نفذ الوصاية وفرغ فالقاضي بالخيار إن شاء حاسبه، وإن شاء ترك.

قلت: وهو اختيار اجتهاد لا خيار شهوة.

قال: وفي الحالة التي ينزع المال من يده لو كان باقيًا فلو كان قد تصرف فيه.

قال الماوردي وغيره: إن كان مستحقه متعينًا بالوصية تبرعًا أو في وفاء دين فلا يتعرض له والمستحق هو المخاصم، وإن كان غير معين أو كان طفلًا، أي: ونحوه.

قال الماوردي: فإن كان فسقه خفيًا يفتقر إلى اجتهاد نقد تصرفه، ولم يضمن إلا بالتعدي ما لم يحكم القاضي بفسقه، وإن كان فسقه ظاهرًا لا يفتقر

....

إلى اجتهاد رد تصرفه وغرمه إذا لم يمكن بالتدارك كما إذا فرق على المساكين.

قال: وليس له أن يرجع على المساكين بما فرقه، وإن صدقوه على الوصية؛ لأنه يقر بوصوله إليهم بحق.

وفي «المهذب» حكاية وجهين في ضمانه في هذه الصورة، ووجه المنع بأنه دفعه إلى مستحقه فهم كالمعينين، والمختار في «المرشد» الأول، وأطلق الرافعي القول بالضمان عند وجوده فاسقًا؛ لتصرفه لا عن ولاية من غير تفصيل بين فسق خفي وظاهر، نعم حكي أنه لو ادعى أنه فرق الثلث الموصى به لغير معين خوفًا عليه من أن يضع وجهين في ضمانه، وأظهرهما الوجوب، ويظهر أنه يبني الخلاف فيما إذا فرقه الوصي الفاسق في حال الخوف ما إذا فرقه من ليس بوصي في هذه الحالة، وهو عدل، وفيه وجهان، فإن ضمناه وهو الصحيح في «تعليق» القاضي أبي الطيب والمختار في «المرشد» فالوصي الفاسق أولى وإلا فوجهان، وإذا جمعت بين نقل «المهذب» وغيره واختصرت قلت في ضمانه عند تفرقته في غير معين ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان في حال الخوف عليه لم يضمن وإلا ضمن، وقد اتفق الكل على أن يستحق إليك لو كان معينًا لم يضمن ولا الأجنبي وإن لم، ثم خوف لا للمعين الاستقلال بالأخذ، انتهى.

قلت: في «روضة» شريح الروياني: إنه إذا أوصى عليه بتفريق مال ففرق وكان عدلًا جاز، وإن كان فاسقًا فإن كانت الوصية لفقراء غير معينين ضمن، وإن كانت لمعينين قال جدي: يجوز في أظهر الجوابين؛ لأنهم لو أخذوا المال من غير دفعه جاز، انتهى لفظه.

والظاهر أن المراد إجراء الدفع وأنه لا يضمن على المرجح؛ لأنه ساق الكلام فيه؛ لأن الخلاف في جواز التفريق مع بقاء المال في يده، والله أعلم.

الثالث: إذا فرغ من النظر في أمر الأوصياء نظر في أمناء القاضي الذي كان قبله المنصوبين للنظر في أموال الأيتام والمحجور عليهم الذين هم أوصياء لهم، وكذا في تفرقة الوصايا لما سبق.

....

قال الماوردي: والخيرة في التقديم إليه، فإن كانوا باقين على حالهم عدالة وكفاية أقرهم.

قال ابن الصباغ: ولا يحتاج إلى تولية؛ لأن من قبله ولاهم.

قلت: وهذا جواب على أنهم لا ينعزلون بموت القاضي الأول وانعزاله، وأما إذا قلنا: ينعزلون كسائر خلفائه كما سبق بيانه بما فيه فلا بدّ من تولية جديدة فاعلم، وإن كان قد تغير حال أحدهم بفسق عزله أو بضعفٍ ضم إليه معينًا.

قال ابن الرفعة: وفي «تعليق» القاضي الحسين و«البحر»: إنه بالخيار إن شاء انتزع ذلك منه عند بقائه على الاستقامة، وإن شاء أقره وحده أو ضم إليه غيره، والأمر في باقي الأحكام على ما سبق في الأوصياء، ولا بد من إقامة البينة على أن القاضي المنصرف قد ولاه ولا يكفي قول المنصرف: إني وليته، فلو لم يقم بينة بكل ما اتفق وادعى غرمه على اليتيم وعلى غيره حكمه فيه كالمستولي عليه من غير تولية أحد، قاله القاضي الحسين.

وإذا فعل الأمين ما لا يجوز عن جهل لم ينعزل ويرد فعله، فإن أمكن استدراكه لم يغرمه وإلا غرمه، وسبق بيان ما إذا ادعى الأمين أجرة قدرها القاضي المنصرفة له، وأنه إذا لم تكن بينة ففي الأجرة وجهان أو قولان.

قال الماوردي وغيره: إنهما مأخوذان من الخلاف فيما إذا ادعى الراكب الإعارة والمالك الإجارة، وذكرنا أنه أوجه من البناء الذي ذكره الإمام.

واعلم أن كلامهم مصرح بتقديم النظر في الأوصياء على النظر في أمناء الحاكم على الأيتام ونحوهم، وهو ظاهر فيما إذا كان الحاكم المنصرف عدلًا مرضيًا، أما لو كان فاسقًا خائنًا فالمتجه أن يبدأ القاضي الجديد في أمر منصوبيه، فإن الغالب أنه إنما ينصب أمثاله فالمبادرة إلى النظر فيهم أهم من البداءة بالأوصياء من قبل الآباء، قال الماوردي: على القاضي، وعبارة «البحر»: يجب على القاضي بعد تصفح حال الأمناء والأوصياء أن يثبت في ديوانه حال كل أمين ووصي وما في يده من الأموال، ومن يلي عليه من الأيتام

....

ليكون حجة في الجهتين، فإن وجد ذكره في ديوان القاضي الأول عارض به وعمل بأحوطهما، انتهى.

ثم إذا فرغ من الأمناء قال الرافعي: ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها وفي اللقط والضوال، فما لا يجوز تملكه للملتقط أو يجوز، ولم يختر تملكه بعد الحول حفظه على صاحبه أو باعه وحفظ ثمنه لمصلحة المالك، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال وله أن يخلطها بمثلها، فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال، ويقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحادثة أو فيما هو فيه، انتهى.

وفي جواز الخلط نظر إذا لم يظهر فيه مصلحة للمالك ولا دعت إليه حاجة بيت المال، وفي نظر القاضي في أموال بيت المال كلام قدمنا بعضه.

وقال الماوردي: ينظر في الوقوف العامة والخاصة.

أما العامة: فلأن مستحقيها لا يتعينون فلم يقف النظر على مطالب.

وأما الخاصة: فلأن مفضاها إلى من لا يتعين من الفقراء والمساكين، ويكون نظره هل أفضت إليهم أم لا؟ وهل يستحق الولاية على من تعين منهم لصغر أو جنون أو سفه؟ وليعلم سبلها فيحمل على شروط واقفيها.

وإن تغير حال الوالي عليها فعلى ما قدمناه في الأولياء، ومن تمام نظره فيها يعاهدها بالأسجال عند تطاول المدة لتكون الحجة باقية ومثبتة في ديوانه.

وفي كتاب الجزية من «الشامل»: يستحب للقضاة أن يجددوا إسجالات الوقوف التي في ديوانهم كلما مضى فيه زمان يخاف فيه موت الشهود.

وحكى القاضي أبو الطيب هذا هناك عن لفظ الشافعي، وأنه علله بكيلا ينقرض شهودها فيؤدي ذلك إلى خفاها وبطلان الوقوف يعني تملكها واستهلاكها.

قلت: ويقوى إيجاب ذلك في هذا الزمان، والله أعلم.

وَيَتَّخِذُ مُزَكِّيًا مُكَاتِبًا، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مَحَاضِرَ وَسِجِلَّاتٍ،

قال: (**وَيَتَّخِذُ مُزَكِّيًا مُكَاتِبًا، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مَحَاضِرَ وَسِجِلَّاتٍ**) قال الرافعي: يرتب القاضي بعد ما ذكرنا أمر الكاتب والمزكي والمترجم.

قلت: جواز اتخاذ الكاتب لا شك فيه، وقد يجب إذا كان القاضي أميًّا لا يكتب وجوز توليته أو كثرت الحاجة إلى ذلك لاتساع عمله.

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: يستحب اتخاذه؛ لأن النبي ﷺ كان له كُتّاب وكذلك الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم والمعنى فيه أن الحاكم مشغول بالحكم والاجتهاد فاشتغاله بالكتابة يقطعه عن ذلك، وموضع الاستحباب إذا كان الكاتب لا يطلب أجرًا أو طلب وكان له رزق من بيت المال، أما إذا لم يكن في بيت المال ما يرزق منه الكاتب.

فقد قال البغوي في كتاب «القسمة»: إنه لا يعين في هذه الحالة كاتبًا، وعبارة الرافعي في كلامه على رزق القاضي وأعوانه: وإن لم يكن في بيت المال مال فلا يعين قسامًا ولا كاتبًا كيلا يغالي في الأجرة.

وقال القاضي الحسين هناك: إنه لا يجوز أن يعين له كاتبًا، وقال جماعة منهم الفوراني والروياني: لا يستحب له اتخاذ كاتب معلوم؛ لأنه يؤدي إلى التحامل على الناس، ولكنه يخلي بينهم وبين من يستأجرونه.

قلت: وهذا حسن إذا كان هناك جمع أهل لذلك الأهلية المعتبرة، أما لو انفرد واحد أو جماعة لا تندفع الحاجة بدونهم تعينوا بحكم الحاجة وعدم من يشاركهم في ذلك ويتخذ من العدد ما يقع به الكفاية.

وقال شريح الروياني في باب تعيين الحاكم الشهود: وليس له تعيين الشهود في البلد، وله أن يعين من يكتب الوثائق في أصح الوجهين، وأما اشتراط إسلامه فهو المذهب الصحيح وقيل: يجوز كونه كافرًا؛ لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه فيؤمن فيه الخيانة وهذا قضية كلام «التنبيه».

قال ابن الرفعة: وحُكِي عن «البيان» تصحيحه.

وَيُسْتَحَبُّ فِقْهٌ، وَوُفُورُ عَقْلٍ، وَجَوْدَةُ خَطٍّ، ....

قلت: ولم أرَ في «البيان» إلا حكايته، وكأن قائله أخذه من قول الشافعي في «الأم» ما ينبغي لقاضٍ ولا والٍ أن يتخذ كاتبًا ذميًّا، ولا يضع الذمي موضعًا يفضل فيه مسلمًا ويعز على المسلمين أن تكون لهم حاجة إلى غير أهل دينهم، والقاضي أقل الخلق في هذا عذرًا، انتهى.

فظن أنه أراد الكراهة والجمهور على المنع وهو الصواب لنهي القرآن عن اتخاذ بطانة من غيرنا.

قال ابن القاص: أجمع الشافعي والكوفي على ألا يجوز للقاضي أن يتخذ كاتبًا لأمور القضاء إلا مسلمًا عدلًا جائز الشهادة حرًّا بالغًا، انتهى.

وهذا الوجه الشاذ لا يجيء فيما أراه إذا كان القاضي أميًّا، وجوزناه وينبغي أن يشترط العدد في كاتبه، وأن يقرأ عليه الكتاب معًا، ويشهدا بذلك ثم يمضيه، وإذا جوزنا كونه كافرًا جاز كونه فاسقًا، وعلى هذا الوجه لا بد أن يكون ثقة غير معروف بكذب ولا تزوير، كما أشار إليه العمراني.

وأما اشتراط كون الكاتب عارفًا بكتابة المحاضر والسجلات وغيرها من الكتب الحكيمات فظاهر لئلا يفسدها، ولا خفاء في اشتراط ذكورته، وصرحوا باشتراط حريته، وسبق عن النص ومن يجوز كونه كافرًا وفاسقًا يجوز كونه رقيقًا فيما أراه، وأما المزكي وما يعتبر فيه فسيذكره من بعد.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ فِقْهٌ**) أي: لئلا يؤتي من جهل.

(**وَوُفُورُ عَقْلٍ**) أي: لئلا يخدع ويدلس عليه.

(**وَجَوْدَةُ خَطٍّ**) أي: ليزين ما يكتبه ولا يترك فسحة يمكن إلحاق شيء منها يفسد المعنى، ويوضحه فلا يكتب السبعة مثل التسعة وما أشبه ذلك، ويروى عن علي رضي الله عنه: «الخط الحسن يزيد الحق وضوحًا» واعلم أنه وقع هنا خبط.

فقال ابن الرفعة في «الكفاية»: الرابعة: الفقه ليعلم صحة ما يكتبه من فساده، وقد وافق الشيخ على استحباب هذا الوصف القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر» وإليه يرشد قول الشافعي، ويحرص أن يكون فقيهًا، والمراد

....

بالفقه هنا كما أشار إليه القاضي أبو الطيب والماوردي: الفقه في أحكام الكتابة وما يتعلق بالشروط من المحاضر والسجلات، واستعمال الألفاظ الموضوعة لها، والتحرز من الألفاظ المحملة، وفي ابن يونس أنه قيل: باشتراط وصف الفقه، وكلام الماوردي يشير إليه؛ لأنه قال في صفة الكاتب للقاضي ما ذكره الشافعي من أوصافه، وهي أربعة: العدالة والعقل والفقه والنزاهة، فإذا ظفر القاضي بمن فيه هذه الأوصاف الأربعة، وأرجو أن يظفر به جاز أن يستكتبه، وقضية ذلك أن تكون النزاهة شرطًا أيضًا، وهو ما يفهمه كلام صاحب «البحر» حيث قال: وتعتبر النزاهة كيلا يستمال بالطمع والقاضي أبو الطيب عطفها على الفقه، فأفهم أن المراد به الاستحباب، وإليه يرشد قول الشافعي، وبه صرح الرافعي، انتهى.

والظاهر الذي اقتضاه كلام الرافعي وغيره، ولا يجوز فرض خلاف فيه على المذهب اشتراط كونه عارفًا بما لا بد منه من الفقه في كتابه ما ذكروا أن الاستحباب فيما زاد على ذلك مما هو من باب التتمات والتكميلات والاحترازات عن مذهب المخالفين، وتأويلات الخصوم وغير ذلك من صفات الكمال، وهذا هو الوجه، ويتعين حمل كلام من أطلق استحباب الفقه عليه لا على إطلاقه، وعبارة «الحاوي»: الثالث: أن يكون فقيهًا ليعلم صحة ما يكتب من فساده، فإن لم يكن فقيهًا في الأحكام، فينبغي أن يكون فقيهًا في أحكام كتابته، وما يتعلق بالشروط.

وعبارة «البيان» وغيره: ومن شرط الكاتب أن يكون حافظًا لئلا يغلط، ويكون ثقة لئلا يزور عليه، وينقل عليه سره وأخبار مجلسه إلى غيره، ويستحب أن يكون فقيهًا يعرف مواقع الألفاظ، ويفرق بين الجائز والواجب، وأما صفة النزاهة فقال الرافعي: ويستحب أن يكون وافر العقل عفيفًا عن المطامع الفاسدة لِئَلَّا يُسْتَمَالَ بِالطَّمَعِ، انتهى.

وفي عبارته إيهام لا من ليس بعفيف عن المطامع الفاسدة لا يكون عدلًا، فإذن العفة عنها شرط، فالوجه طرح لفظة الفاسدة كما صنع في «الروضة»

....

والغرض أنه يستحب أن يكون عالي الهمة شريف النفس غير متطلع إلى طمع ورعًا، وأما العقل فقد ذكره الشافعي والأصحاب ولم يريدوا به ما يتعلق به التكليف، وإنما أريد به شدة العقل والذكاء والفهم حتى لا يخدع أو يدلس عليه.

قال ابن الرفعة: وقد جزم القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما باشتراط ذلك لظاهر النص والرافعي وافق الشيخ على استحباب ذلك، انتهى.

وأحسب القاضيان وغيرهما أرادوا أن يكون ضابطًا غير معقل كثير السهو والغلط، وذلك من شروط قبول الشهادة بلا نزاع، وإليه يرشد قول العمراني وغيره، ومن شرط الكاتب أن يكون حافظًا لا يغلط، ومراد من أطلق الاستحباب نازلًا على ذلك من الذكاء والفطنة والسقط التام، وحينئذ لا خلاف في المسألة، وأما جودة خطه وضبطه وحسنه ووضوحه فمن الكمالات بلا شك، واستحب الأصحاب فيه أن يكون حاسبًا؛ لأنه يحتاجه في كتب المقاسمات والمواريث.

قال ابن القاص في «أدب القضاء»: ويحرص أن يكون فصيحًا عالمًا بلغات الخصوم، ضابطًا لتغير العجمية إلى العربية فقيهًا فطنًا مسقطًا لا يؤتى من جهالة عاقلًا لا يخدع من غرة، نَزِهًا من الطمع لا يستمال بهدية، قوي الخط، قائم الحروف، عالمًا بمواضع التدليس في الخط، ضابطًا لنظمها وضمها لا ملبس في خطه سبعة بتسعة، ولا ثلاث بثلاثين، ولا خمسة عشر بخمسة وعشرين، انتهى لفظه.

فَرْعٌ: قال الرافعي: والأولى أن يجلس الكاتب بين يديه ليملي عليه ويشاهد ما يكتب، انتهى.

وقال الماوردي: ويجلسه في الاختيار عن يساره، وهو مخير بين أمرين، إما أن يلقي عليه حتى يكتب من لفظه، وإما أن يكتبه الكاتب بألفاظه والقاضي ينظر إليه أو يقرأه بعد كتابته.

وقال ابن القاص: ويجلس الكاتب موضعًا لا يغيب عنه ما يكتب، فإن

وَمُتَرْجِمًا، وَشَرْطُهُ عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ، ....

الشافعي قال: ولا ينبغي للقاضي أن يخلي الكاتب يغيب عن شيء من الإيقاع في كتاب الشهادة.

فَرْعٌ: قال شريح في باب صفة الكاتب والوكلاء: ويكون الوكلاء رجال ثقات لا يلقنون الباطل يعرفون طرفًا من الفقه، ويكون الأعوان ثقات.

قال: واختيار الكاتب الذي يكتب له الحجة والوكيل والعون إلى من له الحق، فإن سأل من الحاكم وكيلًا أو عونًا اختار الأفضل والأورع، وقيل: الأسبق بالحضور، وقيل: يقرع ويختار القارع.

قلت: والأحسن أن القاضي لا يختار؛ لئلا يتهم بالميل، بل يقول له: اختر لنفسك من شئت.

وقال الدبيلي: وعون القاضي يكون عدلًا صدوقًا، وقال ابن أبي الدم: ينبغي أن يكونوا من ذوي الدين وأهل الثقة والأمانة والقنع والبعد عن الطمع، انتهى.

وما فسرناه على قضاة بهذه الصفات، وقال ابن شداد: يجوز للقاضي أن يتخذ أجراء على بابه لإحضار الحضور وتوجيههم بتقوى الله والرفق بالخصوم، ويوصي الوكلاء بذلك وطلب الحق وأداء الأمانة فيما يوكل فيه ذكره كله المشايخ، انتهى.

قال: **(وَمُتَرْجِمًا)** أي: ويتخذ القاضي مترجمًا؛ لأنه قد لا يعرف لسان بعض الخصوم والشهود لكونه عربيًا والخصم والشاهد أعجميًا؛ لأن القاضي لا يتصور أن يكون أعجميًا كما قاله الإمام والقاضي الحسين لما سبق في شروط القاضي.

لكن في «البيان»: إذا كان القاضي عربيًا فيتحاكم إليه أعجميان لا يعرف لسانهما أو كان القاضي أعجميًا فتحاكم إليه عربيان لا يعرف لسانهما لم يفيد الحاكم في الترجمة إلا شاهدين.

قال: **(وَشَرْطُهُ عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ)** لأنه ينقل إلى القاضي قولًا واحدًا

....

لا يعرفه فأشبه الشاهد والمزكي، ولهذا اعتبرنا العدد فيه بخلاف الكاتب، وقيل: يكفي مترجم واحد، ورأى الإمام أن يطرد في المترجم الوجوه الثلاثة الآتية في اشتراط العدد في المسمع، ثالثها فيه: إن كان الخصمان عارفَيْن بالعربية لكن لا يحسنان التعبير لم يشترط العدد، وإن كانا لا يعرفانها اشترط، وميله إلى ترجيح الثالث فيهما جميعًا، ولا بد أن يتحقق الشاهد معرفة ذلك اللسان فلو شك فيه لم يقبل نص عليه في «الأم».

ثم قال الأصحاب: إن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين قبلت الترجمة منهم ومن رجلين.

قال الدبيلي: وكل أصل على حسب شهود أصله، وقال البغوي: وجب ألا يقبل إلا من رجلين كما لا تثبت الشهادة على الشهادة بقول النساء، وإن كان الحق مما يثبت وامرأتين وهذا ما أورده الإمام والقاضي الحسين، وقاساه على الوكالة، والوجهان في «الكافي» وعلى الأول ينبغي أن تسمع الترجمة منهن منفردات فيما يقبلن فيه منفردات، وهو قضية قولهم: ما تقبل فيه شهادة المرأة تقبل فيه ترجمتها.

وأطلق الماوردي أن الولد والوالد لا تقبل ترجمتهما، ولعله أراد ترجمتهما بإقرار خصم قربهما، وأما العكس فلا يتجه إلا سماعها، وأما ما لا يثبت برجل وامرأتين فلا تقبل الترجمة إلا من رجلين، وفي الزنا هل يكفي رجلان أم لا بدَّ من أربعة كما في الشهادة بالإقرار به؟

فيه ما سبق، وقيل: يكفي رجلان بلا خلاف، وحكى الماوردي وغيره هنا الخلاف وجهين وبنوهما على ما ذكر.

وقال الماوردي في كتاب اللعان: إن قلنا: لا يقبل في الإقرار إلا أربعة، فهل يشترط هنا أربعة أو يكفي اثنان؟

فيه وجهان:

أصحهما: الاكتفاء، وأجرى بعضهم الخلاف في ترجمة اللعان، وقال

وَالْأَصَحُّ جَوَازُ أَعْمَى، وَاشْتِرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ.

القاضي الحسين: ثم إنه يجري في نقل لعان الزوج؛ لأنه مسوق لإثبات الزنا، وأما لعانها فيكفي فيه مترجمان؛ لأنها تنفي به الزنا.

وفي «مجموع» الْمحَامِلِيّ ثم طريقة قاطعة بأنه يكفي في الطرفين مترجمان، وقال: إنها المذهب، وضعف طريقة إجراء القولين.

ولو كان الشاهدان معًا أعجميين فيكفي لهما مترجمان أم لا بد لكل واحد من مترجمين؟ فيه قولان كالقولين في شهود الفرع، وبالأول أجاب في الرقم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ جَوَازُ أَعْمَى**) لأن الترجمة تفسير للفظ فلا يحتاج فيه إلى معانيه وإشارة بخلاف الشهادة، فعلى هذا يكلف القاضي الحاضرين السكوت حتى لا يتكلم غير الخصم، والثاني لا كالشاهد.

قال: (**وَاشْتِرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ**) أي: كالمترجم، والثاني: لا؛ لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم والحاضرون بخلاف المترجم، والثالث: إن كان الخصمان سميعَيْن لم يشترط العدد، وإن كانا أصمين اشترط، فإن الحاضرين لا يعينون بما يقول اعتبار الخصم، وقيل: إن كانا أصمين اشترط العدد قطعًا، وهذا في إسماع القاضي، فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي وما يقوله خصمه، فحكى القاضي الروياني في «جمع الجوامع» أنه لا حاجة فيه إلى العدد، وبه أجاب الشيخ أبو محمد في «الفروق» في إسماع الخصم الأصم كلام الخصم الأصم.

قال: لأنه ليس طريقه طريق الشهادة فاكتفى بواحد، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: وإذا شرطنا العدد في المسمع للقاضي ففي اشتراط لفظ الشهادة وجهان: أصحهما: نعم، فيقول: أشهد أنه يقول كذا وكذا، والثاني: لا، لأنا وإن استظهرنا بالعدد فليست شهادة محققة، وإن لم يشترط العدد ففي اشتراط الحرية وجهان: الأصح: الاشتراط، وأنه لا يسلك بها مسلك الروايات، وَلْيَجْرِ الْخِلَافُ فِي لَفْظِ الشَّهَادَةِ وَالْحُرِّيَّةِ مَعَ مَا بَعْدَهُ فِي الْمتَرْجِمِ، انتهى.

وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ، وَسِجْنًا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَعْزِيرٍ.

وقوله: وَلْيَجْرِ الْخِلَافُ فِي لَفْظِ الشَّهَادَةِ، صرح الماوردي بنقل وجه أنهما يذكران ذلك بلفظ الخبر وزيفه، وهذا في «الترجمة» عن الخصم للقاضي، فأما في «الترجمة» للخصم عما يقوله خصمه، فإنه خبر محض لا شهادة، فيجوز فيها ترجمة الواحد، وإن كان عبدًا، ويجوز أن يكون المترجم لأحد الخصم هو المترجم للآخر وجهًا واحدًا، قاله ابن الرفعة تبعًا للماوردي، وفي «الفرع» زيادة مذكورة في «الغنية».

فَرْعٌ: أجرة المترجم على صاحب الحق أم في بيت المال؟ فيه وجهان، قال ابن شداد: إن قلنا بالأول: فالواجب عليه أجرة المثل فيما يتعلق بخاصته في مثل حقه، وقال الرافعي: أقرب الوجهين أنه يرزق من بيت المال، وثانيهما: المنع كالوكيل.

قال: وعلى هذا فمؤنة من يترجم للمدعى عليه، ومؤنة من يترجم للمدعي عليه على المدعى عليه، انتهى.

قال: (**وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ**) اقتداءً بعمر رضي الله عنه، فإنه أدب بها، ولا يعرف له مخالف، وقيل: إنه أول من اتخذها، وعن دلائل النبوة للبيهقي فيها حديث مرفوع لا أدري ما حاله، وسبق أن الضرب بها مفوض بها إلى اجتهاد القاضي، وأن بعض أكابر العلماء لمَّا ولي القضاء منع نوابه من ضرب المستورين بها، وقال: لا يجوز في هذا الزمان؛ لأنه صار يعير به ذرية المضروب وأقاربه، بخلاف أراذل الناس، وقلنا: إنه حسن غريب، والآن عندي فيه نظر، فإن الأراذل لا يتأثرون بها، ومن لا يتأثر بها ينبغي ألَّا يؤدب بها، والأحكام لا تتغير بتغير الزمان.

قال: (**وَسِجْنًا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَعْزِيرٍ**) أي: اقتداءً بعمر أيضًا، فإنه اشترى دارًا بمكة بأربعة آلاف وجعلها سجنًا، رواه البيهقي[1]، وفي البخاري[2] بأربعمائة، واستدل ابن القاص لجواز اتخاذه بحديثين أسندهما، الأول: عن

---

(١) في الكبرى (٢/ ٣٨٨).
(٢) في جامعه الصحيح (٩/ ٥٧).

فَصْلٌ

أبي هريرة أن النبي ﷺ **«سجن في تهمة يومًا وليلة استظهارًا واحتياطًا»**[١]

والثاني: عن ابن عباس أنه ﷺ قال: **«من بات في محبس ليلة مظلومًا خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه»**[٢].

ثم حكاه عن الخلفاء الراشدين، وحكى الماوردي عن عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد أنه لا يجوز الحبس في الدين؛ لأنه لم يؤثر، والجواز متفق عليه، وصرَّح في «المهذب» وغيره باستحباب اتخاذه؛ لأن الحاجة ماسة إليه للتأديب واستيفاء الحقوق، قال الْفَارِقِيّ: ولو علل بذلك الوجوب كان حسنًا، انتهى.

وللقول بالوجوب وجه؛ لأن من الخصوم من لا يمكنه ملازمة خصمه، ولا التوكيل به، وإن أمكن ففيه كلفة، وقد يقتضي الحال تعين الحبس؛ كحبس القاتل إلى بلوغ الأطفال، وغير ذلك.

فصل

ذكرت في «الغنية» فروعًا مهمة تتعلق بالحبس في كراسة فأكثر مشتملة على فوائد ولنورد منها طرفًا.

فَرْعٌ: قال الدبيلي: لَا يَجُوزُ أَنْ يُقْفَلَ عَلَى المَحْبُوسِ، أي: بالدين بَابُ السِّجْنِ، وَلَا أَنْ يُجْعَلَ فِي بَيْتٍ مُظْلِمٍ، وَلَا يُؤْذَى بِحَالٍ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنَ الكَسْبِ بِجُلُوسِهِ فِيه، قال: وإذا لازمه المستحق بنفسه أو بأجيره فذلك في الجامع أو مسجد آخر، فإن أراد أخذه إلى بيته أو حانوته لئلا يتعطل عن كسبه، ويلزمه هناك لم يكن له ذلك، وفي «فتاوى» البغوي: إنه يمنع من الجمعة والجماعة، ولو صلى ليصلي بكفيل فلا بأس، انتهى.

وفيما إذا كان الحبس تعزيرًا أو لكشف حاله في عسره ويسره وقفة، ويشبه أن يجب تمكينه من الجمعة، ويصحبه من يحفظه إن خيف هربه جمعًا بين المصلحتين.

---

(١) أخرجه الحاكم (١٦/ ٣٨٦).

(٢) لم أجده.

....

فَرْعٌ: قال الرافعي: قال ابن القاص: إذا استشعر القاضي من المديون بعدما حبسه الفرار من حبسه فله نقله إلى حبس الجرائم، وعبارة «أدب القضاء»: له على ما رأيته في نسخ وكذا نقل عنه، وإن كان القاضي يخاف من المديون أن يفر من حبسه نقله إلى حبس اللصوص ظنه على مذهب الشافعي تفريعًا، وفي «أدب القضاء» للقفال الكبير: إنه إذا خاف القاضي هربه له تقييده، وقال شريح الروياني: لا يقيده إلا إذا وجد منه ما يقتضيه من خوف هرب، ولا يضرب ولا يمنع من دخول الناس عليه إلا إذا كان ما يقتضيه، وقال ابن القاص متصلًا بكلامه السابق: ولا يقيد المحبوس في الدين عند الفريقين.

لا أعلم الشافعي والكوفي ذكرا القيد في الديون في شيء من كتبهما، وهذا ظاهر في مخالفة القفال.

وقال شريح: وقد قيل: هل يقيد المحبوس إذا تقاعد عن الأداء وكان لجوجًا؟ فيه وجهان.

فَرْعٌ: لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج، فإن وجد من يخدمه فيه ففي وجوب إخراجه وجهان في «البيان» وغيره، أصحهما: في «الشافي»: لا يخرج.

وقال شريح: إن زال عقله بالمرض أطلق، وإن لم يزل لكن احتاج إلى من يخدمه، فإن أمكن هناك لم يخرج، وإلا أخرج بكفيل، فإن لم يمكن كفيل فبغير كفيل، قالوا: وإن جُنّ خلي، وفي «فتاوى» صاحب «الشامل»: إنه لو أراد شم الرياحين إن احتاج إليه لمرض ونحوه لم يمنع، وإلا منع.

قال بعض الشيوخ: والوجه ألَّا يمنع مطلقًا إلا أن يكون الحبس للتأديب، ويقتضي نظر الحاكم أنه من حمله التأديب، وهذا حسن، فإذا مات في الحبس أخرج ودفع إلى أهله ليتولوه، وليس للغرماء دفنه، فإن منعوا نهوا، فإن انتهوا وإلا عزروا، قاله الماوردي.

فَرْعٌ: قال الماوردي وغيره: لا يمنع محادثة من يزوره، وفي «فتاوى»

....

الغزالي: إن الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع بزوجته، ومحادثة الصديق.

وعن «فتاوى» ابن الصباغ: إنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة لا من دخولها لحاجة؛ كحمل طعام ونحوه، وقال ابن القاص: وإن أراد أن تكون معه في السجن فرضيت لم يمنع، فإن امتنعت وكانت حرة لم تجبر عليه، قلته تخريجًا؛ لأن ذلك حبس، ولا يحبس ظلمًا، إنما يجب عليها لزوم المنزل، وإن كانت امرأته أَمة فرضي السيد أجبرت وإلا لم تجبر، وإن طلب المحبوس امرأته في وقت ليقضي حاجته منها أُجبرت على ذلك إن كان في الحبس موضع خال يصلح أن يكون لمثله سكنًا، قلته تخريجًا، هذا لفظه.

وعبارة الرافعي عنه: ولو دعا المحبوس أمته أو زوجته إلى فراشه لم يمنع إذا كان في الحبس موضع خالٍ، فإن امتنعت أجبرت الأمة ولا تجبر الزوجة الحرة؛ لأنه لا يصلح للسكنى، وإنما هو حبس، ولا حبس عليها، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها، وكان يجوز أن يقال: الحبس زجر وتأديب، فإن اقتضى الحال أن يمنع منه زوجته فعل، انتهى.

وفي نقله لكلام ابن القاص خلل ظاهر، قال بعض الشيوخ: وكلام ابن القاص يوهم أن الزوجة الأمة تجبر مطلقًا إذا رضي سيدها، والظاهر أن مراده أنها تجبر على ما تجبر عليه الحرة عند رضاه لا على ملازمة الحبس؛ إذ ليس ذلك للسيد في حقها فيما يظهر، والعلم عند الله تعالى، انتهى.

وما قاله ظاهر، وعبارة الدبيلي: وإن كان محبوسًا بصداق امرأته، أو بديون الناس، فدعاها إلى الحبس، يلزمها أن تأتيه إذا كان الموضع خاليًا يصلح أن يخلو الرجل بامرأته لحاجته فيه، وإن قال لها: كوني معي في الحبس، لم يلزمها ذلك، وإنما عليها أن تأتيه في الأوقات إذا استدعاها، ثم الرجوع إلى منزلها كما كانت، وهو من كلام ابن القاص، وصواب نقله، وقول الرافعي: وكان يجوزه، وما قاله الغزالي فحصل في استمتاعه بالزوجة والأمة آراء:

....

أصحها: قول ابن القاص: إنه لا يمنع من واحدة منهما.

وثانيها: إنه إلى رأي الحاكم، قاله الغزالي.

والثالث: المنع مطلقًا، وهو قضية إطلاق ابن الصباغ إلا أن ينزل على ما قاله الغزالي.

فَرْعٌ: في «تفليس الروضة»: إنه يمكن من عمل صنعة في الحبس على الأصح، وبه أجاب شريح، وصححه الماوردي.

والثاني: يمنع إن علم منه مماطلة بسبب ذلك، انتهى.

وأطلق الدبيلي منعه منه، والمتجه أنه إذا ظهر منه أنه إنما يعمل للدين، أو لقوت نفسه وعياله لم يمنع جزمًا أو تمردًا ومطلًا منع، ولا وجه لمنعه إذا حبس لكشف حاله يسارًا وإعسارًا.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الغزالي: من توجه حبسه وكان مستأجرًا لعمل، فإن أمكن العمل في الحبس جمع بينهما، وإن تعذر فإن كانت إجارة عين قدم حق المستأجر كما تقدم حق المرتهن، سيما والعمل مقصود بالاستحقاق، والحبس لا يستحق في نفسه، وإنما يرهق إلى غيره، ثم للقاضي أن يستوثق عليه في مدة العمل إن خاف هربه على ما يقتضيه رأيه، وإن كانت إجارة ذمة طولب بتحصيله ببذل غيره، فإن امتنع حبس بهما، انتهى.

واستغرب السبكي ما قاله مع [استجادته](١) وقياسه: إنه لو استعدى على من هو أجير عين، وكان حضوره مجلس الحكم يعطل حق المستأجر، ينبغي ألَّا يحضر، لكنهم اتفقوا على إحضار المرأة البرزة من غير فرق بين الزوجة وغيرها، ومقتضى كلامهم حبس الزوجة، وقد يفرق بأن الإجارة أمد ينتظر ولا لذلك الزوجية، وفي المسألة بحث طويل لبعض المتأخرين أوردته في «الغنية» بما فيه فراجعه.

---

(١) في نسخة: (استحداثه).

....

فَرْعٌ: تحبس المرأة عند نساء ثقات أو ذوي رحم محرم، ولا تمنع من إرضاع ولدها في الحبس ما لم يوجد منه بد.

قال الماوردي والروياني: ويمنع الزوج منها، ووافقهما ابن الرفعة، قال أبو الحسن السبكي: وفيه نظر، فيحتمل أن يقال: إنها كالرجل فلا تمنع على الأصح، ويحتمل أن يقال: إنها أولى؛ لأن حق الزوج واجب عليها، فكيف يمنع منها، ويحتمل أن يقال: إن عادتها ملازمة المنزل، فإذا مكن منها صار الحبس كالمنزل، فيتأخر الحق فتمنع، والاحتمال الأول أظهر.

فَرْعٌ: قال شريح: لو أراد الزوج السفر بها، فأقرت بدين لإنسان فله حبسها ومنعها من الخروج مع زوجها، ولا يقبل قول الزوج إن قصدها بالإقرار الامتناع من المسافرة، فإن أقام بينة بأن إقرارها كان قصدًا إلى منع الزوج من المسافرة بها فهل يقبل؟ وجهان، انتهى.

والقبول غريب؛ إذ لا مطلع على القصد وإن دلت عليه قرينة، وقد بانت القرائن حتى تقارب القطع، فإن اتفق ذلك فهذا محتمل، وقد تعرفوا ذلك بإقرارها وإقرار المقر له بذلك من قبل، وينبغي للقاضي أن يسمعها وأن يستفسر البينة عن مستندها.

فَرْعٌ: ظاهر كلام الدبيلي وغيره أن المخدرة تحبس كغيرها، فإنه لمَّا ذكر الدعوى على المرأة وذكر أن المخدرة لا تحضر إلى مجلس الحكم قال متصلًا به: إنه إذا توجه على المرأة الحبس حبست عند امرأة ثقة، نعم ولم يخص.

وقال العبَّادي في «أدب القضاء»: ولا تحبس المخدرة بل يوكل بها، والأجرة على المرأة كأجرة السجان على المحبوس، حيث لا مال في بيت المال، وتبعه عليه شريح، والهروي، في باب الحبس، وجرى عليه الرافعي، فقال: وأجرة السجَّان على المحبوس، وأجرة الموكل على من وكل به، انتهى.

وقال العبادي، والهروي، وشريح في باب الأرزاق: وأجرة السجَّان على المسجون، وأجرة الحافظ على المحفوظ له، والوكلاء إجراء أجرتهم على من

....

أمرهم، هذا لفظهم في البابين، والظاهر أن الحافظ هو الموكَل بفتح الكاف المسمى في عصرنا المترسم، وبالترسم، وإن جوابهم اختلف فيه، والقياس أن أجرته على ربّ الدين؛ لأنه نائبه في حفظ مديونه، أقامه في ملازمة غريمه مقام نفسه؛ ولهذا قال الصيمري: ولربّ الدين ملازمة غريمه بنفسه وتأجيره، فإن قلت: هذا مشكل بأجرة السجَّان، وقد صرَّح جماعة بأنها على المسجون مع أنه في معنى المترسم الموكل بالمديون.

قلت: صرَّح الدبيلي بأنها على ربّ الدين، فقال: أمَّا كريّ الحبس فهو على المحبوس، حيث لا بيت مال، وأمَّا كريّ السجان إذا لم يكن بيت مال فعلى صاحب الحق؛ لأنه كالأجير له بحفظ مديونه، انتهى.

فإمَّا أن يجري خلاف في السجان والموكل، وإمَّا أن يقال: إن حبس أو وكل به بطلب صاحب الحق، فإن كان ذلك لا خفاء به ماله ومنعه الحق مع يساره وعناده، فأجرة السجَّان والمتوكل به عليه، وإن كان ذلك لاستكشاف حاله من يسار أو إعسار فالأجرة على ذي الحق؛ لأنَّا لم نتحقق عناده بمنع الحق، فلا يكلفه الأجرة، ولا سيما إن ظهر صدق دعواه الإعسار بِبَيِّنَة أقامها من بعد، ويشهد لما ذكرنا من الفرق قول شريح الروياني، والهروي، وأجرة العون على الطالب، فلو امتنع المطلوب من الحضور بعث الوالي إليه، والأجرة عليه؛ لأنه متعدٍ كأجرة الجلاد.

وذكر في «الروضة»: إنه الصحيح، وقيل: إنها على المدعي، والصحيح الأول، ولا شك أنه لو اختار صاحب الحق ملازمته ثم استناب فيها أن أجره على ذي الحق، وإنما موضع التردد ما إذا طلب من المحاكم حبسه أو الترسيم عليه ليؤدي حقه ففعل الحاكم ذلك، ويحتمل أن يقال: إن ادَّعى الاعتبار وبان صدقه ببينة أو بتصديق غريمه أو بيمين مردودة فالأجرة على رب الدين، وإن ظهر غِناه وكذبه في دعوى عسرته فالأجرة عليه، ويقرب من هذا ما سيأتي في باب القضاء على الغائب، إنه إذا وجب المدعي به الغائب فأحضر، فإن ثبت للمدعي استقرت مؤنة الإحضار على المدعى عليه، وإن لم يثبت فهي، ومؤنة

....

الرد على المدعي، وقد يشكل على هذا ما أطلقوه في أجرة المترجم والمسمع.

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة في كلامه على قول صاحب «التنبيه»: فإن كان قد عرف له قبل ذلك حبس إلى أن يقيم البينة على إعساره، ولا فرق في ذلك على ما حكاه الإمام بين أن تكون البينة معدلة أم لا، وقد شرع في طلب الاستزكاء؛ لأن الحبس على الجملة من بعض العقوبات، انتهى.

وهذا أشهر، والذي قاله الإمام: إذا قامت البينة، أي: بإعساره، وجرى البحث عن التعديل فلا يسوغ عندنا إدامة الحبس بعد ذلك، فإنه على الجملة من قبيل العقوبات، وكأنه فهم من قول الإمام: وجرى البحث عن التعديل أنه في مدة، فنقله على ما ذكره، وليس مراد الإمام إلا أنه جرى البحث عن التعديل، وتم وكمل الاستزكاء على مقابله ما نقله بعد ذلك عن أبي حنيفة، وكيف يتوهم أن يقول الإمام أو غيره أن المحبوس يطلق من الحبس بشهادة من لا يدري عدالته من فسقه، وعبارة الإمام لا تسوغ إدامة الحبس قطعًا، إنما أراد ما قلناه، ولو كان الفرض قبل الحبس، وأقام بينة بإعساره، وهو في مدة الاستزكاء لأمكن بمشيئة كلام ابن الرفعة، وتوجه بأن مع ظهور صدق دعواه يتوقف في حبسه إلى البحث، على أن الآخر باطل؛ لأنه ثبت يساره، فلا يطلق إلا بثبوت الإعسار، وأمَّا بعد الحكم بالحبس فلا شك أنه لا يسوغ إطلاقه حتى تعدل البينة فما ذكره ابن الرفعة سهو بلا شك.

فإن قلت: قد قالوا: إذا شهدا بالدين ولم يعدلا، حبس على الأصح مدة، حتى يظهر للقاضي الجرح أو التعديل، فكما اعتمدها في الحبس فقد يعتمدها في الإطلاق.

قلت: بل العكس، فإنه إذا ابتدأ الحبس قبل ثبوت الدين احتياطًا للحق، فلأن يستدام مع ثبوت الدين قبل ثبوت الإعسار؛ احتياطًا للحق أولى.

فَرْعٌ: قال القاضي أبو الحسن رَحِمَهُ اللَّهُ: قال الشافعي: إذا حبس القاضي المديون فلا يغفل عنه بالكلية، بل يستكشف حاله، فإن كان غريبًا فينبغي أن

....

يوكل به القاضي من يبحث عنه من منشئه ومتقلبه، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة، فإذا غلب على ظنه شهد به عند القاضي؛ كيلا يتخلد عليه الحبس، وصرَّح الروياني بأنه لا يجوز التغافل عنه، انتهى.

وهذا الكلام مصرح بأن الغريب الفاجر عن بينة الإعسار يحبس في الحال، وسبق هناك التصريح به، وأن كلام الإمام يقتضي أنه لا يحبس، وهو ظاهر كلام المصنف هناك، بل يوكل به من يبحث عن حاله، وقال صاحب التعجيز: إنه متى رآه الإمام وأبداه، والقلب إلى موافقة الإمام أميل، فإن خيف هربه وكَّل به من يحفظه، فلعله يجد من يعرف حاله وعسرته، وسيأتي أن ابن السبيل لا يحبس، والظاهر أن المراد ما ذكرناه لا أنه يطلق مطلقًا.

فَرْعٌ: صحح الغزالي في «التفليس» أن الأب يحبس بدين ولده، وذكر في شهادات «وسيطه» أن المذهب المنع، ونسبه الإمام هناك إلى المعظم، وصححه البغوي وغيره، وعزاه القاضي الحسين إلى العراقيين، ولا فرق بين الولد الصغير والكبير، ولا بين دين النفقة وغيرها.

قال الإمام: وذكر بعض أصحابنا وجهًا ثالثًا، واختاره صاحب «التلخيص»: إنه يُحبس في نفقة ولده إذا امتنع من الإنفاق عليه، ولا يحبس في غيره من الديون، والأجداد والجدات كالآباء والأمهات في ذلك، قال أبو الحسن السبكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قال الرافعي: وقياس حبس الوالد بدين الولد أن يحبس المريض، والمخدرة، وابن السبيل منعًا لهم من الظلم، وعن أبي عاصم العبادي: إنهم لا يُحبسون، بل يوكل بهم ليترددوا ويتمحلوا.

قلت: إن ثبت أن لهم مالًا ولم يتمكن الحاكم منه فالوجه حبسهم، وإن أمكن القاضي بيعه فلا وجه للحبس، وإن ادعوا الإعسار مع احتماله، وكان قد عرف لهم مال فهاهنا يظهر التردد، ويقوى في الوالدين عدم الحبس لحرمتهم مع احتمال صدقهم وعدم الظلم، وفي المريض والمخدرة وابن السبيل الحبس بشرط أن يجد المريض من يمرضه في الحبس، وإلا فهو محل ضرورة، انتهى.

....

وقال الهروي: إن القاضي الحسين قطع بحبس الولد لولده لدفعه عن الظلم، كما لو قصده، وهذا التوجيه يشعر بأن محل التردد في حبسه إذا علم يساره وعاند، فلو جهل لم يكن كالصائل، ولا يتحقق ظلمه، وحينئذ يمكن أن يقال: إن جهل حاله لم يحبس قطعًا، وإن علم يساره وظفر الحاكم بماله أدى دين ولده منه قطعًا، فإن أخفاه ولم يصل الحاكم إليه فوجهان.

قال شريح: ولا يحبس الممتنع عن الكفارات في أصح الوجهين؛ لأن الكفارة تؤدى بغير المال، بخلاف الزكوات والعشور، قال: ولا يحبس المديون ليكتسب في الدين إلا إذا كان في نفقة الولد، انتهى.

وهذا الاستثناء شاذ غريب، وما ذكره في الكفارات ينبغي أن يُلتفت على أنه هل يجب إخراجها على الفور بأن يكون قد عصى بسببها أم لا؟ فإن كان وهي مرتبة وهو موسر ألحقت بالزكاة.

فَرْعٌ: لو حبس في حق رجل فجاء آخر فادّعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى، ثم يرده، ولا يتوقف ذلك على إذن غريمه، وقال مالك: لا يجوز إخراجه من الحبس لسماع الدعوى؛ لما فيه من إسقاط حق الأول لنا أنه توصل إلى الحقين، والتوكيل به في حالة الإحضار، ورده إلى الحبس في معناه.

قلت: والأحوط أنه لو حبس على شيء خطير وخيف هربه عند إخراجه أن يبعث الحاكم من يسمع الدعوى عليه في الحبس، ولو حبس لجماعة لم يكن لواحد منهم إخراجه حتى يتفقوا عليه، ولو حبس لغريم ثم استحق آخر حبسه للاثنين، فلا يخرج إلا باجتماعهما، ولو ثبت إعساره أخرجه الحاكم بغير إذن الغريم، كذا أطلق، وكان المراد به بعد الإعذار إلى الخصم، وأمَّا إذا لم يعلم بذلك وكان حاضرًا بالبلد، فلا بدّ من إعلامه، فإن لم يكن له دافع أخرج، شاء أو أبى.

فَرْعٌ: نفقة المحبوس في ماله على المذهب، وحكى الماوردي وشيخه الصيمري وجهًا: إنها على غرمائه الحابسين له، قال الماوردي: وهذا مذهب

....

مطرح، وقولٌ مردود، وبالغ في تزييفه، ويجب أن يكون محله على سقوطه في حبس الاستكشاف لا في حبس التعدي بالامتناع.

فرعٌ مهمٌ سبق الوعد به، وذكرته في «الغنية» في نحو كراسة وحاصله:

إنه قال في «تفليس الروضة»: ومن له مال وعليه ديون، فيجب أداؤه إذا طلب، فإن امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع باع الحاكم ماله، وقسَّمه بين غرمائه.

زاد: قلت: قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار، وإن شاء باع ماله بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزره بالحبس وغيره، والله أعلم.

فإن التمس الغرماء الحجر عليه حجر عليه على الأصح؛ كيلا يتلف ماله، فإن أخفى ماله حبسه القاضي حتى يظهره، فإن لم ينزجر بالحبس زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره، وإن كان ماله ظاهرًا فهل يحبسه لامتناعه؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان، الذي عليه عمل القضاة الحبس، انتهى.

وفي عبارته إيهام يُدرك بالتأمل، وقد أطنب القاضي أبو الحسن فيما كتبه من شرح «المهذب» في الفرع وحقق، فمن مقاصد كلامه قول المصنف: وإن امتنع؛ يعني: من الوفاء، فإن كان له مال ظاهر باعه عليه، أي: إذا كان يقدر على الدين، فإن كان أكثر منه لم يبع إلا بمقدار الدين، وعلى هذا عمل إطلاق المصنف وغيره.

قلت: إلا ألا يجد راغبًا في شراء البعض، وهو الغالب في الأمتعة، فقد يقال ببيع الكل للضرورة، ويرد عليه الفاضل عن الدين، وله نظائر.

قال: وما أحسن عبارة الجرجاني حيث قال: إن ظهر له مال أمره الحاكم ببيعه وقضاء دينه، فإن امتنع منه باع الحاكم من ماله بقدر دينه، سواء كان له عرضًا أم دراهم والدين دنانير، أم دنانير والدين دراهم؛ لتعذر البيع من جهته، فهو كما لو تعذر بجنون أو صغر، وما ذكره المصنف والجرجاني من كون الحاكم يبيع لا خلاف فيه عندنا، ونصَّ عليه الشافعي في البويطي، فقال: وإذا

....

وجب على الرجل الدين وله مال فقال: لا أبيع، باع السلطان عليه.

فإن قلت: كيف يقول: لا خلاف أن القاضي يبيع، وقد قال المتولي: إذا امتنع وماله ظاهر هل يحبسه القاضي حتى يبيع الأموال بنفسه أو يبيع من غير حبس؟

اختلف أصحابنا، فقيل: لا يحبسه؛ لأنه يتضمن تأخير الحقوق، وقيل: الأولى حبسه، وبه جرت عادة القضاة؛ لأنه إذا تولى البيع بنفسه يكون القاضي أبعد عن التهمة.

قلت: ليس هذا خلافًا في منع البيع، بل في جواز الحبس، فعلى الأول: لا يجوز، وعلى الثاني: يجوز كل من الأمرين، وادعى المتولي أولوية الحبس وعدم البيع لأجل التهمة، ولا شك أن بيعه بنفسه أبعد عن التهمة، فلذلك تجنب القضاة البيع وحبسوا، فساوى فعلهم فعل الحنفية عملًا لا اعتقادًا، ويخرج من هذا أن البيع من الحاكم جائز قطعًا، وهل يجب؟ وجهان، والحبس في هذه الحالة لا يجب قطعًا، وهل يجوز؟ وجهان، ويحتمل أن يكون البيع والحبس جائزَيْن قطعًا، والوجهان في الأولوية، وعلى هذا يستمر ما في «الروضة» من التخيير أو لا، ثم حكاية الخلاف بعد ذلك في الحبس.

فإن قلت: فما الراجح من الوجهين، وعلى ماذا يُحمل قول الشافعي والأصحاب أن الحاكم يبيع هل هو على الوجوب أو الجواز؟

قلت: أقدم عبارات الأصحاب، ثم ساق عبارات خلائق منهم بلفظها في نحو عشرين مصنفًا أن الحاكم يبيع من غير بيان أنه على سبيل الوجوب أو الجواز، قال: وقدمنا في كتاب الرهن عن الماوردي أنه رد على أبي حنيفة بأن كل حق يصح التوكيل فيه لا يجوز للحاكم أن يحبس فيه الممتنع ما أمكن التوصل إليه كالديون، فيتولى الحاكم بيعه بنفسه، أو بأمين، وهذا منه يقتضي وجوب بيع الحاكم وتعينه، وقال القاضي أبو الطيب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار، وإن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزَّره

....

بالحبس وغيره حتى يبيعه، ووافقه على هذا جماعة، ونسبه في «الروضة» إلى الأصحاب، وغيره إلى الشيخ أبي حامد.

ومن كلام الماوردي وأبي الطيب يحصل وجهان:

أحدهما: يعين البيع، والثاني: التخيير بينه وبين الحبس والتعزير حتى يبيع، والمختار الأول تعجيلًا بأداء الحق الواجب على الفور، إلا أن يكون عذرًا في تأخير البيع، وسبق في كتاب الرهن عن أبي إسحاق أن الحاكم يحبسه ويجبره على البيع، فإن أصرَّ، عزّره حتى يبيع، فإن أقام على الامتناع باع عليه، وهذه العبارة تقتضي وجهًا ثالثًا: إن البيع ممتنع إلا بعد الحبس والتعزير، وهذا الوجه ليس مصرَّحًا به؛ لاحتمال أن يريد أبو إسحاق ذلك على سبيل الاختيار، كما حكاه المتولي، وقال: إنه عمل القضاة، وهو راجع إلى قول التخيير.

فالمحقق في المسألة وجهان: **أحدهما**: التخيير، كما ذكره أبو الطيب وغيره. **والثاني**: تعين البيع ووجوبه وامتناع الحبس إلا أن يكون للقاضي عذر في تأخير البيع.

وهذا الوجه محقق من كلام الماوردي، وهو الراجح لما قلناه، وعليه ينبغي أن يحمل عبارة الشافعي والمصنف، ومن وافقه وهم أكثر الأصحاب، والوجه الأول في كلام المتولي يحتمل أن ينزل عليه، ويحتمل أن ينزل على أن الأولى البيع مع التخيير، ويكون الوجهان في كلامه فيما هو الأولى، فإن عبارته محتملة لذلك، وقد بان بما ذكرناه بيان الراجح من الوجهين بزيادة كشف عن حقيقتهما، وبيان ما يحمل عليه كلام الشافعي والأصحاب وأنه الوجوب على المختار، والاختيار على رأي القاضي أبي الطيب، وهذا كله في غير المفلس المحجور عليه، سواء كانت أمواله زائدة على ديونه أم ناقصة، ولكن لم يحجر عليه، أمَّا المحجور عليه فيظهر القطع بأن القاضي يتولى بيع أمواله، ولا يأتي فيه خلاف؛ لأن أمواله بالحجر صارت كأنها في يد القاضي، فلا معنى لحبسه حتى يبيعها؛ ولهذا قال المزني في «المختصر» فِي بَابِ

....

المفلِسِ: قال الشافعي: إذا ثبت عليه الدين بيع ما ظهر له، ودفع ولم يحبس، وإن لم يظهر حبس وبيع ما قدر عليه من ماله، انتهى.

وهو محتمل أن يراد به المفلس المحجور عليه، أو المفلس مطلقًا، فدلالته على المحجور عليه نص لا يحتمل التأويل مع ما ذكرناه من المعنى، فإنه محول بينه وبينها، ودلالته على غير المحجور عليه محتملة، فلذلك اكتفينا فيه بكلام الأصحاب، وقد ظهر بهذا أن ما ادَّعاه المتولي ونقله عن القضاة في حبس الممتنع الذي له مال ظاهر يقدر على الوفاء منه بعيد، وإنما ألجأ القضاة إليه قصدهم تجنب التهمة، أو خوفًا من قضاة السوء، على أن دعوى عمل القضاة على ذلك نظر، وإنما المعروف من عملهم إذا لم يمكن الوفاء بأن أخفى ماله، وادَّعى إعساره حيث لا يقبل قوله فيه، وما أشبه ذلك، وأمَّا إذا كان له مال ظاهر يتيسر بيعه الآن فالعدول عنه إلى الحبس، وتركه يتمرد على غريمه ليس معروفًا من عمل القضاة في هذا الزمان، ولو عملوه لم يلتفت إليهم؛ إذ لا دليل عليه ولا نقل يُعضده.

تنبيهات:

أحدها: إذا قلنا بالتخيير، فالذي يظهر أن محله إذا طلب المدعي حقه من غير تعيين طريق، فلو عين طريقًا، فينبغي ألَّا يجوز للقاضي فعل غيرها؛ لأنه إنما يفعل بسؤال صاحب الحق، وكلام القفال الكبير يرشد إليه، فإنه؛ أي: في أدب القضاء، فقد حصل فيما حكيناه عن الشافعي جواز الحبس لمن وجب عليه حق فامتنع منه، وجواز الملازمة، وجواز بيع ما يقدر عليه الحاكم من مال يقضي منه الحق، ثم قال: وما ذكرناه فما للحاكم بفعله قد يخرج على ما يسأله صاحب الحق إن سأل إطلاق ملازمته له دون الحبس، أو سأل الحبس دون بيع المال، أو سأل وقف المال، قضى له الحاكم بما سأل؛ لأن جميع ذلك حقه، إنما يفعل الحاكم فيه ما سأل.

قلت: وفيما ذكره أبو الحسن ـ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ـ من رد الحيرة في التعيين إلى صاحب الحق، وإنه لا يجوز للحاكم العدول عمَّا يعينه مطلقًا نظر يأباه كلام المخيرين،

....

كالقاضي أبي الطيب وموافقيه، وليس لصاحب الحق الاقتراح على القاضي في أن يُعزّر خصمه بالضرب والحبس؛ لأن ذلك تأديب راجع إلى اجتهاد القاضي، والذي لذي الحق طلب حقه، والقاضي يجتهد في الطريق الموصلة إلى استخراجه، وما ذكره عن القفال يشكل على ما رجَّحه وقرره، فإن القفال نسب ذلك إلى الشافعي كما قدمته في نقله عبارات المصنفين، وقول القفال: وما ذكرناه إلى آخره يتعين تأويله أو قصره على ما إذا طلب الملازمة دون الحبس، أو بالعكس، أو طلب وقف ماله أو بيعه بلا وقف فتأمله.

التنبيه الثاني: قال الرافعي: هل يحجر عليه؟ فيه وجهان: أظهرهما: إنه يحجر إذا التمسه الغرماء إلى آخره، ثم يشرع أبو الحسن في بيان ضعف هذا الحجر ومأخذه، والذي فهمه من كلام المتولي نقل الخلاف، وأن الحاكم إذا أراد البيع هل يحتاج إلى الحجر أولًا بل يبيع من غير تقدم حجر، وذكر أن ذلك لا يتوقف على سؤال الغرماء، وأنكر ما ذكره الرافعي واستغربه، وبسط ذلك في عدة أوراق، وأفاد أشياء ذكرتها في «الغنية».

التنبيه الثالث: لا شك أن المحجور عليه يُقسِّم ماله على قدر أموال الغرماء، ولا يجوز غيره، وأمَّا غيره فإن قسَّم بنفسه صحَّ أن يُقسِّم كيف شاء، قال أبو الحسن، وأطلق الأصحاب الجواز، وفيه نظر؛ لأنهم إذا طالبوه، ولم يف المال بحقوقهم يجب عليه أن يدفع إليهم على الفور، فإذا كان تخصيص بعضهم منقصًا للباقي لم يحل له لما فيه من تأخير الواجب على الفور، وأمَّا القاضي فليس له أن يقسم إلا على قدر الحصص، وبه صرَّح الرافعي في بيع مال الممتنع، انتهى.

والظاهر أن مراد الأصحاب بالجواز: صحة الإبقاء وعدم المزاحمة فيه، لا إباحة ذلك للمديون.

التنبيه الرابع: حيث جوَّزنا للحاكم البيع، قال الفوراني في «العمد»: إن للقاضي أن يملك عين مال الممتنع من الوفاء للغرماء بديونهم إذا رأى ذلك، وقال في «الإبانة»: إنه لو أراد أن يملك عين ماله من الغرماء ليس له ذلك، ولعلَّ ما قاله

....

في العمد إذا كان برضاهم، وما قاله في «الإبانة» إذا كان بغير رضاهم، انتهى.

ولفظ «الإبانة» فيما رأيته: إنه لو أراد أن يملك عين ماله للغرماء فله ذلك، كما في «العمد» وكأنه ـ رحمه الله ـ وقف على أصل سقيم.

التنبيه الخامس: إذا أراد الحاكم البيع فهل يكفي في نسبة المال إليه كونه في يده حتى لا يحتاج إلى بينة تقام عنده بأن الملك له قبل بيعه أو لا بدَّ من ذلك؟ قال الماوردي: لم يجز للحاكم أن يبيعه عليه إلا بعد ثبوت البينة عليه بملكه له، وقال القاضي الحسين في باب ما على القاضي في الخصوم: فيما إذا ادَّعى الخصم أن للمديون عقارًا في موضع كذا، وطلب منه بيعه، وامتنع من بيعه، قال: لا يبيعه القاضي حتى يقيم المدعي بينة بأنه للمدعى عليه؛ لأنه قد يكون لغيره، وبيع القاضي إياه يكون حكمًا بأنه له، وليس فيه من الصراحة ما في كلام الماوردي؛ إذ قد يكون مقصود القاضي حسين حيث لم تكن الدار في يد المديون، أو لم يثبت كونها في يده، وقوله أن بيع القاضي إياه يكون حكمًا بأنه له سنتكلم عليه.

قد قال في باب القسمة: إذا قالا: قسِّم الدار بيننا لم يجب عليه بلا خلاف، وهل يجوز بقولهما؟ قولان: أظهرهما: لا؛ لأنها ربما تكون مستحقة، فإذا قسَّمها كان ذلك منه لهما نوع حكم بأنها لهما، وفي قوله: نوع حكم، إشارة إلى أنه ليس حكمًا من كل وجه.

وقال أبو عاصم العبادي: شرط صحة بيع الرهن ثبوت الدين، وصحة الرهن، وملك الراهن أو يده يوم الاقتصاص، قال الهروي: هكذا ذُكر، وهو في كتب أصحابنا بالعراق، إلا أنه قول أبي حنيفة، وعندنا مجرد اليد لا تدل على الملك بل يشترط مع اليد قرينة وامتداد المدة وعدم المنازع، ويشترط في بيع التركة ثبوت الدين والملك والموت والتركة والشهادة على أنه ملك الميت إلى أن مات، أو في يده، وتصرفه تصرف المالكين، وفي الرهن يكتفى بأن يقولوا: رهن، وكان في يده وسلمه، وقد أنكرت هذين الفصلين الآخرين، انتهى كلام الهروي في «إشراقه».

....

وما ذكره الهروي من أن مجرد اليد لا تدل على الملك صحيح فيما يشترط فيه ثبوت الملك، وقد صرَّح أبو عاصم بأن الشرط ثبوت الملك أو اليد فهو ظاهر في أنه يكفي، ويشهد له قول «المهذب» فيما إذا وجد في يده مال وادَّعى أنه لغيره، وكذَّبه المقر له أنه يباع في الدين، وذكر في مسألة الظفر وابن الصباغ ما يوافقه، وقال الماوردي: إذا ادَّعى المفلس أن المال الذي وجد في يده ملكٌ لنفسه قسَّمه الحاكم بين الغرماء، وإن قال: مضاربة أو وديعة لفلان وكَذَّبه فلان انتزع المال من يده، وقسَّمه بين غرمائه، وقال الروياني: إن كذَّبه فلان حكمنا بالمال للمفلس.

وقال في «الحلية»: دفع إلى غرمائه، وقال الرافعي: صرف إليهم، وقال الْمحَامِلِيّ في «المجموع»: إذا أقر أن في يده مالًا، فإن ادعاه لنفسه تعلقت حقوق الغرماء به، ويعاد الحجر عليه، وإن ذكره لغيره وكان حاضرًا فلم يدعه لنفسه لم يقبل إقرار المفلس به، فيباع المال ويفرق على غرمائه، وكذا قاله الشيخ أبو حامد، سواء وزاد فيما إذا لم يدعه الحاضر لنفسه أنه يحكم بأنه للمفلس، ويفرق على غرمائه، وكذا قاله الْمحَامِلِيّ في «التجريد» وفرضها فيما إذا ظهر في يده مال، وكذا ابن الصباغ وسليم، فانظر كيف حكموا بالمال وقسمته بين غرمائه بمجرد اليد من غير ثبوت ملكه له.

ألا ترى تصريح الماوردي بأنهم لم يشهدوا له تملكه، وما صرَّح به هؤلاء الأئمة يفهمه كلام الشافعي، فإنه قال في «المختصر»: فإن شهدوا أنهم رأوا في يده مالًا سألته، فإن قال: مضاربة، قُبلت منه مع يمينه، ومفهومه: إنه لو لم يحلف حكم بأنه له كما صرح به الأصحاب، فكيف الجمع بين هذا وبين ما سبق من الماوردي، واقتضاه كلام إطلاق القاضي الحسين، والإمام، والهروي، وينتظم من ذلك وجهان:

أحدهما: إن القاضي يكتفي باليد كما قاله أبو عاصم والماوردي في كلامه الأخير، واقتضاه كلام العراقيين، وهو الصحيح.

والثاني: لا بدَّ من ثبوت الملك، وإذا قيل بهذا، قال ابن الرفعة عن

....

الماوردي: تعين حبس الممتنع يبيع بنفسه؛ لأنه لا معترض عليه، وهكذا إذا قلنا: لا يكتفى باليد، ويقدر بعد إثبات اليد والملك جميعًا، ولك أن تقول: إجبار القاضي الغريم على أن يبيع بنفسه حكم، فكيف يسوغ بدون ثبوت اليد دون الملك؟ فإن كفى ذلك للحكم بالإجبار فليكف لمباشرة البيع، بل أولى؛ لأن البيع ليس بحكم، والإجبار حكم صريح.

والذي قاله الماوردي في باب أدب القاضي: إنه إذا أقام صاحب الدين البينة على أن هذه الدار للمحبوس، فإن اعترف المحبوس وامتنع من القضاء باعها الحاكم عليه، وإن أقرّها لغيره فكذَّبه المقر له يبعث، ووكّل القاضي عنه وكيلًا عليه، ولا يتولى القاضي بيعها مع إنكاره، ولعلَّه من الماوردي على سبيل الأولى والاحتياط؛ ليصان فعل القاضي عن النقص، وإلا فما الفرق بين بيع القاضي وتوكيله عن الممتنع، ثم إجباره على البيع. وعلى كل حال ما ذكره في الأقضية ثبت فيه الملك بالبينة، فلا يرد على الماوردي في عدم الاكتفاء باليد، وإنما ذكرناها لقوله: يوكل على الممتنع ولا يبيع عليه، وهو يوافق قوله: إنه يحبسه حتى يبيع عليه.

قال: ولا مأخذ لهذا عندي سوى صيانة أفعال القاضي عن التعريض للنقص ما أمكن، وليس لهذا بالواجب، فإنه متى استحقت العين نقص، سواء كان الصادر منه فعلًا أم حكمًا، ولو وقفنا فعل القاضي على ثبوت الملك لأدى إلى أن من ثبت عليه دين، والمال في يده بين يدي القاضي، وصاحب الدين مطالب لا ينتزعه القاضي منه حتى يثبت ملكه، وهذا في غاية البعد.

وقد قال الأصحاب في المرأة إذا ادعت أنها خلية من النكاح أن القاضي يُزوجها على الصحيح من غير بينة، وإذا جاز هذا في عقد النكاح مع حظر البضع ففي البيع أولى، ولو قلنا: إن القاضي لا يبيع مال المفلس حتى يثبت ملكه، ولا التركة حتى يثبت الملك للميت، لأدى إلى حرج عظيم وتعطل الحقوق مع كثرة التركات، ومتى ثبتت في جميع التركة أنها ملك الميت، هذا لا يكاد يوجد أبدًا، فأي طريق للقاضي إلى البيع إلا كونها في يد الميت

....

ومخلفة عنه، وما برح عمل الناس، والقضاة، وأمناء الحكم، والأوصياء على هذا في جميع الأعصار، والقول بتكليف البينة على ملك ذلك مُنكر لا يتوهم في عالم القول به، وأطنب في ذلك وحاول تأويل ما تقدم عن الماوردي بحمله على إرادة ثبوت الملك أو إليه، وأنه يجوز بإطلاق الملك على السبب المسوغ للبيع من ملك أو يدًا إمَّا مقيدة بتصرف الملاك وإما مجردة. وأمَّا كلام الهروي فينظر فيه أنه بناه على أنه لا بدَّ من ثبوت الملك ولم ينقله صريحًا عن الأصحاب فلا يسلم له، انتهى.

وهو معذور فيما ذكره، ولكن الظاهر ثبوت خلاف في ذلك، والراجح المختار والإجماع الفعلي عليه.

إشارة: ذكرت في «الغنية» هنا ثلاث فوائد:

الأولى: إن فعل القاضي وتصرفه هل هو حكم أم لا؟ وثبت ذلك بيانًا شافيًا.

الثانية: وهي من نتائج الأولى وتفريعها مع زيادات مهمة.

الثالثة: فيما إذا أخفى المديون ماله، فإن الحاكم يحبسه ويعزّره، وبيَّنا ما قيل في ذلك فراجعه.

فصل في رزق القاضي وأعوانه: قال أبو العباس بن القاص: قال الشافعي أي في «الأم» و«المختصر»: ولو أن القاضي، وكاتبه، والقاسم، وصاحب الديوان، وصاحب بيت المال لم يأخذوا جعلًا وعملوا محتسبين كان أحب إليّ، وأسند ابن القاصّ عن عمر ﵁ أنه قال: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجرًا.

قال: ومعنى ذلك عندنا ـ والله أعلم ـ على وجهين: أحدهما: على وجه الاختيار الآخر أن يأخذ من غير بيت المال لما روي عن شريح أن عمر ﵁ كان يرزقه في كل شهر مائة درهم(١)، وأسند أيضًا عن بريدة أن رسول الله ﷺ قال:

(١) ذكره الحافظ ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٦/ ١٥).

....

«أَيُّمَا عَامِلٍ اسْتَعْمَلْنَاهُ، وَفَرَضْنَا لَهُ رِزْقًا، فَمَا أَصَابَ بَعْدَ رِزْقِهِ فَهُوَ غُلُولٌ»[١].

قال: وأيضًا فإن القاضي عامل من عمال المسلمين، وقد جعل الله للعاملين على الصدقات في كتابه سهمًا، وهذا كله إذا كان من بيت المال، فإمَّا أن يجري عليه أهل عمله رزقًا فلا يجوز له قبوله، وكذلك لو أجراه رجل منهم، أو أجراه السلطان من مال نفسه، قلته على مذهبهما تخريجًا، انتهى.

وقال الماوردي: يجوز له أخذ الرزق من بيت المال، ويكون هذا الرزق جعالة، ولا يكون أجرة؛ لأن الأجرة مستحقة بعقد لازم، والجعالة مستحقة بعقد جائز، والقضاء من العقود الجائزة دون اللازمة وإنما يرزق الإمام على القضاء إذا لم يجد متطوعًا به فإن وجده لم يجز أن يعطى عليه رزقًا، انتهى.

وإطلاقه يقتضي أنه لا فرق في جواز الأخذ بين من تعين عليه القضاء وغيره، وقوله: إن القضاء من العقود الجائزة تقدم الكلام عليه، وسيأتي من كلامه أنه يجوز أن يفرض له أهل عمله رزقًا عند الضرورة، وقال القاضي شريح الروياني: الأولى للقاضي ألَّا يأخذ الرزق، وله ذلك، كذا أطلقه كثير من أصحابنا.

وقال جدي: له ذلك إن لم يتعين عليه، وإن تعين عليه فإن لم تكن له كفاية ومنعه الاشتغال بالقضاء عن الاكتساب جاز، وإن كانت له كفاية يجز أخذ الرزق على ظاهر المذهب، انتهى.

وفي «شرح الكفاية» للصيمري: إنه إذا كان غنيًّا وقد تعين عليه فقال: لا أعمل إلا برزق، يأخذ الرزق ويعمل، وقال إبراهيم المروزي في أول باب القسام: ويرزق القاضي من بيت المال موسرًا كان أو معسرًا إذا لم يتبرع بالقضاء، ثم قال قبيل كتاب الشهادات: ذكر في طريقة العراق أن من تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز له أخذ الرزق عليه، وإن لم يكن له كفاية فله أخذه؛ إذ لا بدَّ منه، ولا بدّ من الكفاية، وإن لم يتعين عليه فإن كان في كفاية

---

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٥/ ٤٨٩).

....

كره أن يأخذ عليه رزقًا؛ لأنه قربة، وإن أخذ جاز، وإن لم يكن له كفاية لم يكره له أخذ الرزق عليه لقصة الصديق رضي الله عنه.

وقال الدبيلي: إذا كان القاضي مستحقًا للقضاء يكون له في مال بيت المال نصيب، وإن لم يكن مستحقًا للقضاء لم يكن له فيه نصيب، فإن لم يكن في بيت المال مال قضى حسبه وأجره على الله، ثم قال: وإن طلب القضاء ليقوم به تطوعًا وهو يستحقه فلا يعطى من بيت المال.

قال: وقاضٍ فيه فِسْق باطن لا يعلمه بعد الله إلا هو في نفسه، فأحكامه على الظاهر صحيحة، ولا نصيب له في بيت المال أيضًا، فإن أخذ منه ما لا يحل له والله يسائله عن فساد سره وخدْعته للخلق بحسن ظاهره ﴿وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ [البقرة: ٩] انتهى.

وقال ابن أبي الدم في «أدب القضاء»: إذا تقلده فإنه يعين عليه بالشروط السابقة، وكانت له كفاية من أمواله لم يجز له أخذ الرزق عليه؛ لفريضته عليه وكفايته، وإن كان فقيرًا أو مسكينًا لا يكفيه ما يملكه جاز له أن يأخذ قدر كفايته من بيت المال، وإن لم يتعين عليه، فإن كان محتاجًا جاز له أخذ الرزق على قدر الكفاية، وإن كان غنيًّا فالأولى له ألَّا يأخذ شيئًا، وقال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: يُكره له أخذه، والحالة هذه.

قال: وحكى صاحب «التقريب» قولًا: إنه يجوز لمن تعين عليه، وله كفاية أخذ الرزق، قال أَبُو عَلِيٍّ: والمعروف عند أصحابنا أنه لا يجوز، انتهى.

وقال ابن شداد: قال في «الشامل»: أخذ الرزق جائز لمن لم يتعين عليه، محتاجًا كان أو غير محتاج، هكذا نقله عن نص الشافعي، قال: أمَّا لو تعين عليه وذكر التفصيل السابق بين المكفي وغيره، وقال الرافعي: إن لم يجد كفاية جاز له أن يأخذ من بيت المال رزقًا ليتفرغ للقضاء، وإن وجد كفاية فينظر إن تعين عليه لم يجز له أخذ شيء؛ لأنه يؤدي فرضًا تعين عليه، وإن لم يتعين عليه فيجوز والمستحب تركه.

....

قلت: ويشبه أن يخرج الأخذ عند التعيين على الخلاف فيمن تعين عليه تعليم الفاتحة، ثم قال في آخر الفصل، وفي شرح «أدب القضاء» لأبي سعيد الهروي: إن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال، وكان محتاجًا ولم يتعين عليه القضاء، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله، وإن تعين قال أصحابنا: لا يأخذ عنه بدلًا.

وقال القاسم - يعني صاحب «التقريب»: يأخذ كصاحب الطعام في المخمصة، والفرع غريب، ومشكل.

قلت: الفرع من كلام أبي عاصم العبادي في «أدب القضاء» الذي شرحه صاحب أبي سعيد الهروي، ولفظه: وأمَّا إذا طلب القاضي من الخصم، وليس له رزق من بيت المال يفي بقوته وقوت عياله، ولم يتعين عليه القضاء، وجاز أخذ أجرة مثل عمله، فإن تعين قال أصحابنا: وذكر ما سبق إلى قوله في المخمصة، ثم قال: وإن لم يحتج إليه فجوزه أصحابنا بالعراق، ومنعه أصحابنا بخراسان، وحكاه ابن القاص نصًا في الشاهد، انتهى.

والمتبادر من قوله: وإن تعين. . . إلى آخره أنه في الأخذ من الخصم، وبه صرَّح الرافعي من بعده، وفيه نظر، والذي فهمه ابن الرفعة من ذلك أن المراد به عند التعين الأخذ من بيت المال لا من الخصم، وهو الأقرب، وما قاله العبادي في طلب القاضي الأجرة من الخصم في الحالة المذكورة هو وجه ضعيف، وفيه فتح باب لارتشاء قضاة السوء، وعلى شذوذه ينبغي أن يكون محله فيما إذا عمل ما يقابل بأجرة، كما قالوه في بابي: الإجارة، والجعالة.

وقد قال شريح الروياني في باب هدية القاضي: وإن دفع إليه شيئًا ليحكم له بحق على سبيل الإجارة لم يحل؛ لأن الحكم واجب عليه، وقيل إن لم يكن له رزق حل، ثم قال في باب الأرزاق: وإن وُلي الحاكم ولا رزق له من بيت المال فقال للمتخاصمين: لا أحكم بينكما إلا بأجرة، لم يكن له ذلك في أصح الوجهين.

....

قال جدي: وهو المذهب، وذكر الشيخ أبو عاصم العبادي، وساق ما تقدم إلى أجرة، وقضية كلام ابن القاص المتقدم أول الفصل: المنع، وهو المختار، وإن كان الرافعي حكى مقابله عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وغيرهما مقتصرًا عليه.

وفي «البيان»: وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد والقاضي أبا الطيب قالا: إذا كان القاضي لا يأخذ رزقًا من الإمام فقال: لست أقضي بينكما حتى تجعلا لي عوضًا جاز، قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون أخذه من أحدهما؛ ليحكم بالحق يجري مجرى الهدية على ما يذكرها، انتهى.

قال ابن الرفعة: واعتبر البندنيجي في جواز أخذ الجعل من الخصوم أن يكون القاضي مشغولًا في معاشه بحيث يقطعه النظر عن اكتساب المادة كما قاله الماوردي، انتهى.

وقال الماوردي في باب ما على القاضي في الخصوم: وَإِذَا تَعَذَّرَ رِزْقُ الْقَاضِي مِنْ بَيْتِ المالِ وَأَرَادَ أَنْ يَرْتَزِقَ مِنَ الْخُصُوم فَإِنْ لَمْ يَقْطَعْهُ النَّظَرُ عَنِ اكْتِسَابِ الْمادَّةِ إِمَّا لِغِنَائِهِ بِمَا يَسْتَجِدُّهُ وَإِمَّا لِقِلَّةِ المحَاكَمَاتِ الَّتِي لَا تَمْنَعُهُ مِنَ الِاكْتِسَابِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْتَزِقَ مِنَ الْخُصُومِ، وَإِنْ كَانَ يَقْطَعُهُ النَّظَرُ عَنِ اكْتِسَابِ الْمادَّةِ مَعَ صِدْقِ الْحَاجَةِ جَازَ لَهُ الِارْتِزَاقُ مِنْهُمْ عَلَى ثَمَانِيَةِ شُرُوطٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَعْلَمَ بِهِ الْخَصْمَانِ قَبْلَ التَّحَاكُمِ إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا بَعْدَ الْحُكْمِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْتَزِقْهُمَا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ رِزْقُهُ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ عَنْ إِذْنِ الْإِمَامِ لِتَوَجُّهِ الْحَقِّ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ بِهِ الْإِمَامُ لَمْ يَجُزْ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ لَا يَجِدَ الْإِمَامُ مُتَطَوِّعًا، فَإِنْ وَجَدَ مُتَطَوِّعًا لَمْ يَجُزْ.

وَالخامِسُ: أَنْ يَعْجَزَ الْإِمَامُ عَنْ دَفْعِ رِزْقِهِ فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ.

وَالسَّادِسُ: أَنْ يَكُونَ مَا يَرْتَزِقُهُ مِنَ الْخُصُومِ غَيْرَ مُؤَثِّرٍ عَلَيْهِمْ، وَلَا مُضِرٍّ

....

بِهِمْ، فَإِنْ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ أَثَّرَ عَلَيْهِمْ لَمْ يَجُزْ.

وَالسَّابِعُ: أَنْ يَسْتَزِيدَ عَلَى قَدْرِ حَاجَتِهِ، فَإِنْ زَادَ عَلَيْهَا لَمْ يَجُزْ.

وَالثَّامِنُ: أَنْ يَكُونَ قَدْرَ الْمأخُوذِ مَشْهُورًا يَتَسَاوَى فِيهِ جَمِيعُ الْخُصُومِ، وَإِنْ تَفَاضَلُوا فِي الْمطَالَبَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُه عَلَى زَمَانِ النَّظَرِ، فَلَمْ تُعْتَبَرْ مَقَادِيرُ الْحُقُوقِ، فَإِنْ فَاضَلَ بَيْنَهُمْ فِيهِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَتَفَاضَلُوا فِي الزَّمَانِ فَيَجُزْ وَفِي مِثْلِ هَذَا مَعَرَّةٌ تَدْخُلُ عَلَى جَمِيعِ الْمسلِمِينَ، وَلَئِنْ جَازَتْ فِيهِ الضَّرُورَاتُ، فَوَاجِبٌ عَلَى الْإِمَامِ وَكَافَّةِ الْمسلِمِينَ أَنْ تُزَالَ ـ أي المعرة ـ مَعَ الْإِمْكَانِ، إِمَّا بِأَنْ يَتَطَوَّعَ مِنْهُمْ بِالْقَضَاءِ مَنْ يَكُونُ مِنْ أَهْلِهِ؟ وَإِمَّا أَنْ يُقَامَ لِهَذَا بِكِفَايَتِهِ؛ لأَنَّهُ لَما كَانَتْ وِلَايَةُ الْقَضَاءِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، كَانَ رِزْقُ الْقَاضِي بِمَثَابَةِ وِلَايَتِهِ فَإِنِ اجْتَمَعَ أَهْلُ الْبَلَدِ، مَعَ إِعْوَازِ بَيْتِ الْمالِ عَلَى أَنْ يَجْعَلُوا لِلْقَاضِي مِنْ أَمْوَالِهِمْ رِزْقًا دَارًا جَازَ، وَكَانَ أَوْلَى مِنْ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ أَعْيَانِ الْخُصُومِ، انتهى لفظه.

وما ذكره من الشروط غريب، وبعضها بعيد، وفي تحقيقه وتصويره نظر، ولا شك أن المطلوب لا يسمح ببذل الأجرة وإجباره عليها بعيد، وما ذكره أجزاء من اجتماع أهل عمله على جعل رزق له أقرب مما قبله، وإطلاق ابن القاص يقتضي المنع فيها أيضًا، وقد أطلق الماوردي والروياني في «البحر» في باب القسمة: القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ شيئًا من الرعية إذا لم يكن له رزق في بيت المال، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

فروع وتتمات: قال الرافعي: ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه أو رزقه أهل ولايته أو واحد؛ فالذي خرَّجه صاحب «التلخيص»: إنه لا يجوز له قبوله، لكن ذكرنا أنه كما يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال يجوز أن يكون مال الإمام أو واحد من الرعية.

وذكر الصيمري في المفتي أنه يجوز أن يرزقه أهل بلده، ويمكن أن يفرق بأن ذلك لا يورث تهمة وميلًا في حق المؤذن؛ لأن عمله لا يختلف، والقاضي أجدر بالاحتياط من المفتي، انتهى.

....

والمختار أنه إذا كان أهلًا للقضاء وهو محتاج إلى الرزق وتعذر من بيت المال، ولم يجد متطوعًا أهلًا بالقضاء أن يجوز لأهل عمله أن يفرضوا له كفايته كما سبق عن «الحاوي» وهو أخف ما قدمه عن الشيخ أبي حامد وغيره.

قال الرافعي: لا يجوز عقد الإجارة على القضاء لما سبق في الإجارة.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إلحاقه بالأذان حتى تجوز الإجارة عليه على رأي، انتهى.

وسبق كلام الماوردي في ذلك، وأصل هذا فيما إذا استأجره الإمام من بيت المال لا من ماله، ولا آحاد الرعية، وحينئذ تتجه الصحة؛ لأن ذلك رزق في المعنى، ولا يجب التعرض لذكر المدة كما قيل في الأذان، وبعيد أن تكون هذه إجارة لازمة من الطرفين، فالوجه المنع إذا جعل الإمام على القضاء رزقًا، فإن سمَّاه الأصل اختص به، وإن سمي للقضاء شاركه فيه خلفاؤه بحسب كفاياتهم في النظر وكثرة العمل، فإن عزل من استخلفه وقام بعمله جاز أن يأخذ رزقه، وإن لم يقم به لم يجز أن يأخذه، قاله في «البحر» عند الكلام في الاستخلاف.

قال أصحابنا: ويرزق القاضي من مال المصالح مُيَاوَمَةً، أَو مُشَاهَرَةً، أَو مُسَانَهَةً، بقدر كفايته وكفاية عياله على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرهما من غير إسراف ولا تقتير، هكذا أطلقوه، وهو ظاهر إذا لم يكن له ما يكفيه؛ سواء تعين عليه أم لا، أمَّا إذا لم يتعين عليه وكان له ما يكفيه فينبغي ألَّا يفرض له إلا أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته، إلا ألا يجد الإمام من يقوم بالقضاء بأقل من كفايته، فيفرض هو كما يرزق الإمام القاضي برزق من ترجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين؛ كالأمير، والمفتي، والمحتسب، وإمام الصلاة، والمؤذن، ومن يُعلِّم الناس القرآن، أي: وغيره، كما حكاه الهروي، وشريح عن الشيخ أبي زيد، ومن يقيم الحدود، والقسام، وصاحب الصكوك.

قال الرافعي: فإن لم يكن ببيت المال مال فلا يعين قسامًا ولا كاتبًا؛ كيلا يغالي في الأجرة، وفي «المترجم» وجهان: إنه كهؤلاء، وثانيهما: المنع

....

كالوكيل، وفي مؤنة المسمع هذان الوجهان، وهما جاريان في المزكي، والقول في الشاهد أجرياه إلى الشهادات، انتهى.

وعبارة شريح الروياني: في عدة من يرزق من بيت المال، وكاتب القاضي، وأصحابه وفيها شمول، وصرح الدبيلي بأن رزق العون يكون من بيت المال، فإن يكن بيت مال فكراؤه على من أفقده في طلب خصمه، أو استدعاه من قبل القاضي لعقد نكاح، فيعطى أجرة مثله، وسكتوا عن مقدار ما يرزق الإمام أعوان القاضي.

وعبارة الماوردي تقتضي أنها الكفاية كالقاضي، حيث قال: ورزقه مقدَّر بالكفاية من غير إسراف ولا تقصير، وكذلك أرزاق أعوانه من كاتب، وحاجب، وقاسم، وسجَّان حتى لا يستجعل واحد منهم خصمًا، انتهى.

إذا لم يكن في بيت المال مال، أو كان له مصرف لهم، أو تعذر وصول الحاكم إلى شيء منه يفرضه لأعوانه كعصرنا فالقول الجملي: إن كل من عمل منهم عملًا لغيره فأجرته عليه، فأجرة الكاتب على من يكتب له، والقسامة على المتقاسمين كما سيأتي، وأجرة السجن على المسجون، وفي أجرة السجَّان خلاف سبق.

وأما الموكل بالمديون ونحوه فسبق فيه خيط، وقضية القياس: إنه إن نصبه المستحق نائبًا عنه فهو أجرة ونائبه في حفظه، وإن نصبه الحاكم بدلًا عن الحبس لكونه رآه أو فوّض المدعي ذلك إلى رأيه، فإن كان ذلك لكشف حاله عند دعواه الإعسار واحتمال صدقه، فإما أن يكون على المدعي، أو توقف على استبانة صدقه وضده.

وقريب من هذا إذا ادَّعى الأداء أو الإبراء وغيرهما من الدوافع، فوكل به ليبيّن ذلك ويظهر أنه إذا تبيَّن صدقه وثبت إعساره بطريق شرعي الجزم بأنها على المدعي، وإن تبيَّن كذبه ويسره فعليه لظلمه ومطله، وإن لم يُبين الحال فتردد، وأما لو كان التوكيل به لعناده مع ظهر غناه، وإخفائه ماله، فوكل به الحاكم

....

ليحضر دينه، أو يبيع متاعه، فالأجرة عليه كأجرة الجلاد، وأما أجرة العون ـ وهو رسول القاضي ـ فعلى من أرسله خلف خصمه، كما صرح به الأئمة.

نعم، لو امتنع من الحضور فأجرة من يحضر عليه، كما سبق عن شريح، والهروي، وهو ظاهر إذا ثبت عليه الحق، أما لو لم يثبت فيُحسن أن يقال: إن خرج منه بيمينه فالأجرة عليه أيضًا، أو ببينة، أو تبين بطلان دعوى خصمه وتعديه عليه في استعدائه، فيحتمل أن يقال أنها عليه؛ إذ كان يجب عليه الحضور بكل حال، كما سيأتي أنه المذهب، فهو مُتعدٍ بامتناعه، ويحتمل أنها على الطالب؛ لظهور بطلان دعواه كما سبق، ويأتي في إحضار الغائبة إن شاء الله تعالى.

ثم هل موضع ثبوت الأجرة لمن ذكرنا إذا سمي لهم من تتوجه عليه الأجرة أجرة، أو ذكر ما يدل على التزامها، أو أن الحاكم يوظفها، وإن لم تذكر ـ وهي أجرة المثل ـ لعمله، ويكون نصيب الحاكم لهم لذلك كافيًا في استحقاق الأجرة عن بذل باذل لها وتسميتها؟ أو يخرج على الخلاف السابق فيمن عمل لغيره عملًا من غير إجارة هل يستحق أجرة؟ وفيه وجوه سبقت، والأقرب تخريجه على ذلك الخلاف، ويحتمل غيره، وسيأتي في القسمة عن «الحاوي» ما قد يعضده، ولم أر في ذلك كلامًا شافيًا.

فائدة: قال الماوردي قبيل الكلام في العزل: وإن كان القاضي مرتزقًا لم يستحق رزقه قبل وصوله إلى عمله، فإذا وصله ونظر استحق رزقه، وإن وصل ولم ينظر، فإن كان متصديًا للنظر استحقه، وإن لم ينظر كالأجير في العمل إذا سلَّم نفسه استحق وإن لم يستعمله المستأجر، وإن لم يتصد للنظر فلا رزق له كالأجير إذا لم يُسلِّم نفسه للعمل، وتبعه ابن شداد وابن الرفعة، وما قاله ظاهر لا ينقدح فيه خلاف، وإنما سكتوا عنه لوضوحه.

وقال الصيمري: وَإِذَا قُرِئَ عَهْدُهُ حَكَمَ مَكَانَهُ وَلَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَيَكُونُ قَدْ أَخَذَ فِي عَمَلِهِ وَيَسْتَحِقُّ رِزْقَهُ وَلَا أَدْرِي مَا شُبْهَةُ مِنْ قُضَاةِ الْعَصْرِ يَتَوَلَّى أَحَدُهُمْ الْقَضَاءَ في بلد بعيد، ثم تقدم بعد شهرٍ أو أكثر فيطلب رزقه من تاريخ ولايته لزمن ماضٍ لم يدخل فيه عمله، وَأَقْطَعُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُمْ يَسْتَخْرِجُونَ مَا وُظِّفَ لَهُمْ مِنَ الأَوْقَافِ

وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لَائِقًا بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ

عَلَى نَظَرٍ وَتَدْرِيسٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا عُرِفَ بِالْحَاكِمِ وَلَا شَكَّ فِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِم ذَلِكَ الْمعلُومِ فِيمَا غَبَرَ مِنْ الزَّمَانِ، وبالله التوفيق.

قال: **(وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لَائِقًا بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ)** قال الرافعي: يستحب كون مجلسه فسيحًا؛ لئلا يتأذى الحاضرون فيه لضيقه، وأن يكون بارزًا لا يكون دونه حجاب؛ ليهتدي إليه المتوطن والغريب، ويصل إليه كل أحد فلا يجلس للقضاء في بيت كبير، وإن أقام على بابه من يأذن؛ لأنه لا يظهر جلوسه فيه، ولا يهتدي إليه الغرباء، ويستحب أن يكون نزهًا لا يؤذي فيه الحر والبرد والروائح والغبار والدخان، فيجلس للصيف حيث يليق به، وللشتاء حيث يليق به، واستحب أبو عبيد بن حربويه وغيره أن يكون موضع جلوسه مشرفًا كدكة ونحوها؛ ليسهل عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة، وحسن أن يوطأ له الفرش، وتوضع له الوسائد؛ ليعرفه كل داخل وليكون أهيب عند الخصوم وأرفق به فلا يمل، والأولى أن يكون مستقبل القبلة، انتهى.

وقال ابن القاص في «أدب القضاء»: يُستحب له إذا خرج إلى مجلس القضاء يستحب له أن يدعو بالحديث: **«اللَّهُمَّ أَعُوذُ بِكَ أَنْ أَضِلَّ أَوْ أُضَلَّ أَوْ أَزِلَّ أَوْ أُزَلَّ»**(١).

قال: وسمعت أن الشعبي كان يدعو به إذا خرج إلى مجلس القضاء ويزيد فيه: أَوْ أَعْتَدِيَ أَوْ يُعْتَدَى عَلَيَّ: اللَّهُمَّ أَعِنِّي بِالعِلْم، وَزَيِّنِي بِالحِلْم، وَأَلْزِمْنِي التَّقْوَى حَتَّى لَا أَنْطِقَ إِلَّا بِالحَقِّ، وَلَا أَقْضِيَ إِلَّا بِالعَدْلِ، فإذا دخل المجلس عمَّ الحاضرين بالسلام، ثم يتصدى في مجلسه مستندًا في أرفق المجالس، وأحْراها ألَّا يسرع إليه ملله مرتقيًا إلى الله في العون على ما ولاه، عازمًا على العدل والإنصاف، ووجهه لأهل مجلسه وهم مستقبلون القبلة، كمقابلة

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٤/ ٩، رقم ١١)، وفي الأوسط (٣/ ٣٤، رقم ٢٣٨٣) قال الهيثمي (١٠/ ١٢٩): فيه أبو بكر الهذلي، وهو ضعيف.

....

الخطيب للناس يوم الجمعة، انتهى.

وهذا وجه حكاه الشيخ أَبُو عَلِيٍّ، ويعضده ما روي عن الشعبي قال: رأيت عمر بن الخطاب مستندًا إلى القبلة يقضي بين الناس، لكن في ثبوته نظر، والمشهور أنه هو يستقبل القبلة ولم يذكر كثيرون غيره.

قال ابن القاص: ولا يدع الناس يقومون له إذا دخل، ولا يتكئ من غير عذر إذا جلس، انتهى.

قال الماوردي: وللقضاة آداب تزيد بها هيبتهم، وتقوى بها رهبتهم، والهيبة والرهبة فيهم من قواعد نظرهم؛ ليقود الخصوم إلى التناصف، وتكفهم عن التجاحد، وآدابهم أقسام:

فمنها: آدابهم في أنفسهم، وهو يعتبر بحال القاضي، فإن كان موصوفًا بالزهد والتواضع والخشوع أبلغ في هيبته، وأزيد في رهبته، وإن كان ممازجًا لأبناء الدنيا تميَّز عنهم بما يزيد في هيبتهم من لباس لا يشاركه فيه، ومجلس لا يشاركه غيره فيه، وسَمْت يزيد على غيره فيه، وذكر: وَيَكُونُ نَظِيفَ الْجَسَدِ، يَأْخُذُ شَعْرَهُ وَتَقْلِيمَ ظُفُرِهِ، وَإِزَالَةَ الرَّائِحَةِ المَكْرُوهَةِ مِنْ بَدَنِهِ، وَيَسْتَعْمِلُ مِنَ الطِّيبِ مَا يُخْفِي لَوْنَهُ، وَتَظْهَرُ رَائِحَتُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي يَوْم يَنْظُرُ فِيهِ بَيْنَ النِّسَاءِ، فَلَا يَسْتَعْمِلُ مِنَ الطِّيبِ مَا نَمّ، وأما مجلسه في الحكم... إلى أن قال: ويختص فيه، أو وسادة لا يشاركه غيره فيها، وليكن جلوسه في صدر مجلسه؛ ليعرفه الداخل ببديهة النظر، ويستفتح مجلسه بركعتين يدعو بعدهما بالتوفيق والتسديد، ثم يطمئن في جلوسه سريعًا، وأطلق: إنه يصلي ركعتين، وقال من قبل: إن في المسجد كانت الصلاة تحية مسنونة في كل وقت، وإن كان جلوسه في غيره كانت الصلاة تطوعًا في غير أوقات النهي، ويدعو بعدها بما سبق، وهذا أصوب.

وقال شريح الروياني: وإن كان جلوسه في غير مسجد فقد قيل: لا يصلي، وقيل: يصلي ركعتين، انتهى.

قال الماوردي وَأَمَّا سَمْتُهُ: فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ غَاضَّ

لَا مَسْجِدًا.

الطَّرْفِ، كَثِيرَ الصَّمْتِ، قَلِيلَ الْكَلَامِ، يَقْتَصِرُ مِنْ كَلَامِهِ عَلَى سُؤَالٍ أَوْ جَوَابٍ، وَلَا يَرْفَعُ بِكَلَامِهِ صَوْتًا، إِلَّا لِزَجْرٍ أَوْ تَأْدِيبٍ، وَلِيُقَلِّلَ الْحَرَكَةَ وَالْإِشَارَةَ، وَلْيَقِفْ مِنْ أَعْوَانِهِ بَيْنَ يَدَيْهِ مَنْ يَسْتَدْعِي الْخُصُومَ إِلَيْهِ، وَيُرَتِّبُ مَقَاعِدَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِهِ، وَيَكُونُ مَهِيبًا مَأْمُونًا؛ لِيَنْصَانَ بِهِ مَجْلِسُهُ، وَتَكْمُلَ بِهِ هَيْبَتُهُ، انتهى.

وهذا ما يسمى اليوم: نقيب القاضي، والله أعلم.

قال: **(لَا مَسْجِدًا)** هذه عبارة قاصرة عن الغرض، فإن المذهب المنصوص المشهور وبه قطع الجمهور: إنه يكره أن يُتخذ المسجد مجلسًا للقضاء قصدًا واعتمادًا، ونصَّ الشافعي في موضع: إنه لا يستحب، فقيل: لا يكره لهذا النص، وحكاه الرافعي وجهًا، وبه قال مالك وأحمد وأَبُو حَنِيفَةَ في رواية استدلالًا بفعله ﷺ وفعل خلفائه الراشدين ﷺ.

لنا: قوله ﷺ: «**مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ فِي الْمسجِدِ ضَالَّةً فَلْيَقُلْ: لَا ردهَا اللهُ إِلَيْكَ**»[1].

وعن بريدة: أَنَّ رَجُلًا نَشَدَ فِي المسجِدِ فَقال: مَنْ دَعَا إِلَى الجَمَلِ الأَحْمَرِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**لَا وَجَدْتَ، إِنَّمَا بُنِيَتِ الْمسَاجِدُ لِمَا بُنِيَتْ لَهُ**» رواهما مسلم.

وفي رواية: «**إنما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة**»[2].

حديث واثلة بن الأسقع ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ**

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٤٩، رقم ٨٥٧٢)، ومسلم (١/ ٣٩٧، رقم ٥٦٨)، وأبو داود (١/ ١٢٨، رقم ٤٧٣)، وابن ماجه (١/ ٢٥٢، رقم ٧٦٧) وابن خزيمة (٢/ ٢٧٣، رقم ١٣٠٢)، وأبو عوانة (١/ ٣٣٩، رقم ١٢١٢)، وابن حبان (٤/ ٥٢٩، رقم ١٦٥١)، والبيهقي (٢/ ٤٤٧، رقم ٤١٤٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١/ ٤٤٠، رقم ١٧٢١)، والطيالسي (ص ١٠٨، رقم ٨٠٤)، وأحمد (٥/ ٣٦١، رقم ٢٣١٠١)، ومسلم (١/ ٣٩٧، رقم ٥٦٩)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٥٢، رقم ١٠٠٠٢)، وابن ماجه (١/ ٢٥٢، رقم ٧٦٥)، وابن خزيمة (٢/ ٢٧٢، رقم ١٣٠١)، وابن حبان (٤/ ٥٣٠، رقم ١٦٥٢).

....

صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ وَشِرَارَكُمْ وَبَيْعَكُمْ وَخُصُومَاتِكُمْ وَرَفْعَ أَصْوَاتِكُمْ وَإِقَامَةَ حُدُودِكُمْ وَسَلَّ سُيُوفِكُمْ، وَاتَّخِذُوا عَلَى أَبْوَابِهَا الْمَطَاهِرَ وَجَمِّرُوهَا فِي الْجُمَعِ»[١] رواه ابن ماجه، وليس إسناده بذاك، وقد روي من وجوه، وله شواهد.

قال الماوردي: وروى ابن المسيب أن عمر رضي الله عنه كتب إلى القضاء: ألَّا تقضوا في المساجد.

قال أصحابنا: ولأن الخصوم يكثر بينهم اللغط والتكاذب، وربما تعدى إلى السب والشتم، ويكون في الخصوم الحائض، والمستحاضة، والنفساء، والجنب، والكافر، والمساجد تُصان عن هذا، وربما قطعوا خشوع المصلين، وسواء صغر المسجد أو كبر، وما روي عنه ﷺ وعن أصحابه من القضاء في المسجد إنما كان قليلًا، لا أنهم اتخذوه مجلسًا للحكم دائمًا كما هو محل النزاع.

قلت: ولأن الخصومات كانت في زمنهم قليلة جدًّا، ويخرج من كلام الأصحاب ثلاثة أوجه:

الكراهة، عدمها خلاف الأولى.

قال الروياني: وعلى المذهب هي كراهة تنزيه بلا خلاف، وفيه وقفة، إذا اتسع البلد، وكثر الخصوم، وإقامة الحدود في المسجد أشد كراهة، نص عليه.

وفي «الشامل» وغيره: إنه لا يجوز إقامة الحدود فيه، وبه جزم صاحب «الخصال» واستثنى الأصحاب من الكراهة صورتين:

إحداهما: في التغليظ بالأيمان.

والثانية: أن يحضر القاضي لأمر، فيتفق خصومه ونحوها فلا يكره تعجيل الحكم فيه، قال أبو الحسن العبادي: وإذا جلس للحكم فيه لا يدع الخصوم يجتمعوا فيه ويتشاتمون، بل يقعدون خارجه، وينصب من يدخل عليه خصمين

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٢٤٧، رقم ٧٥٠)، قال البوصيري (١/ ٩٥): هذا إسناد ضعيف. والطبراني (٢٢/ ٥٧، رقم ١٣٦) والديلمي (٢/ ١٠٨، رقم ٢٥٦٦) وأورده القاري في الموضوعات الكبرى (ص ١٠٣، رقم ٣٩٥) وقال: قال السخاوي: سنده ضعيف.

....

خصمين، وهذا حسن، ولو جلس للقضاء في بيته كره لما سبق، فإن اتفقت فيه حكومة أو حكومات يسيرة فلا بأس، وكذا لو منعه المطر والثلج ونحوهما من الخروج إلى مجلسه العام، فيحكم في بيته للضرورة لم يكره، وكذلك في المسجد، قاله بعضهم.

تنبيه: قال ابن القاص في «أدب القضاء»: وأجمعوا أن القاضي حيث يجلس للحكم في بلد قضائه ـ أي: في عمله ـ من مسجد أو غيره جاز حكمه، وهذا واضح، وظن بعض الأغبياء كما وهم بعض أكابر المصنفين أنه لا ينفذ حكمه في غير مجلسه المعد للحكم، وهو خطأ صريح نبّه عليه ابن الصلاح والمصنف في «الطبقات» نعم، لو سمع الدعوى والبينة خارج ولايته، وأبرم الحكم في موضع ولايته لم يجز كعكسه، ولو سمع الدعوى والبينة في موضع ولايته ثم خرج منه لحاجة، فسأل عن عدالتهم خارج عمله فعدلوا، فرجع إلى عمله، قال ابن القاص: فقياس قول الشافعي: إنه على القولين في القضاء بعلمه.

فَرْعٌ: حكى الصيدلاني وجهين في كراهية اتخاذ القاضي حاجبًا وبوابًا، قال الرافعي: ويمكن أن يوجه.

أحدهما: بما روي أنه ﷺ قال: «**مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا فَاحْتَجَبَ، حَجَبَهُ اللهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»(١).

والثاني: إنه لو دخل عليه من شاء متى شاء ليطلب هيبته وسقط وقعه، لكن المفهوم من كلام أكثرهم أن الوجهين ليسا بمطلقين، بل إذا جلس للقضاء وازدحم الناس عليه، فلو نصب بواب وحاجب يدفعان الزحمة عنه، ويدخلان الناس على الترتيب، لا محالة، وإنما الوجهان فيما إذا جلس للقضاء ولا زحمة، وفي أوقات خلوته، والأظهر: الكراهة في الحالة الأولى دون الثانية، انتهى لفظه.

(١) أخرجه الطبراني (٢٢/ ٣٠١، رقم ٧٦٥) قال الهيثمي (٥/ ٢١١): رواه الطبراني عن شيخه جبرون بن عيسى عن يحيى بن سليمان الجفرى ولم أعرفهم وبقية رجاله رجال الصحيح. وأبو نعيم في الحلية (٨/ ١٣٠) وقال: غريب.

....

وعبارة جماعة من العراقيين: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا من غير حاجة، أو إلا لحاجة، وعبارة الصيمري في «شرح الكفاية»: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا إلا أن تدعو إلى ذلك ضرورة؛ لأنه ربما منع الحاجب والبواب قومًا وأذن لغيرهم، وسبيل مجلس الحكم أن تكون مبذولة، ولأنه لا يؤمن منهم أخذ الرشوة.

وقال في «التنبيه»: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا، فإن احتاج اتخذ حاجبًا عاقلًا أمينًا بعيدًا من الطمع.

قال ابن الرفعة: ويظهر أن تكون هذه الأوصاف واجبة، وإن لم توجب في الكاتب؛ لأن جناية الكاتب يزيحها القاضي بنظره، بخلاف ما يصدر من حاجب وبواب، فلا مستدرك له. قال: ويقوي ذلك أن الماوردي قال: والشروط المعتبرة في الحاجب نوعان: واجب، ومستحب.

فَأَمَّا الوَاجِبُ: فَثَلَاثَةٌ: العَدَالَةُ، وَالعِفَّةُ، وَالأَمَانَةُ.

وأمَّا المستحبة: فخمسة: أَنْ يَكُونَ حَسَنَ الْمنظَرِ، جَمِيلَ الْمَخْبَر، عَارِفًا بِمَقَادِيرِ النَّاسِ، بَعِيدًا مِنَ الْهَوَى وَالْعَصَبِيَّةِ، مُعْتَدِلَ الْأَخْلَاقِ بَيْنَ الشَّرَاسَةِ وَاللِّينِ، واستحب ابن المنذر أن يكون خصيًّا حتى يكون أبلغ في العفة.

وفي «الروضة» قال ابن المنذر: ويستحب أن يكون خصيًا لمكان النساء، وهذا في وقت انتصابه للأحكام، أما إذا اتخذه في غيره لم يكره، قال الماوردي: بل إذا احتجب عن الناس في ذلك الوقت أحظى لحشمته وأعظم لهيبته، وكان بعض أصحابنا يقول: إنما يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة وسداد أهله، فأما في زمان الاختلاط والتهارج واستطالة السفهاء والعامة، فالمستحب له أن يتخذ حاجبًا؛ لحفظ هيبته، ويمنع من استطالة الخصوم.

قال في «البحر»: وبهذا أقول في زماننا، وقال القاضي أبو الطيب في أول الباب: يستحب له أن يتخذ حاجبًا يقوم على رأسه إذا قعد، ويقدم الخصوم ويؤخرهم، فإذا حكم بين الخصمين وقاما دعا بغيرهما، قال ابن أبي الدم: وهذا هو الصحيح، ولا سيما في زماننا مع فساد العوام، وأطنب في تعزيز ذلك.

....

قال: وكلام الشافعي محمول على ما إذا قصد بالحاجب الاحتجاب عن الناس، وخوفًا من ارتشائه، وبين موضع الحاجة إليه، وما قاله صحيح، ولا ينقدح فيه خلاف، وكلام الأصحاب وتوجيههم الكراهة يدل على ما حمل عليه كلام الشافعي، وقد صرح الرافعي وغيره: بأنه يستحب أن يقوم على رأسه أمين ينادي: هل من خصم؟ ويرتب الناس، ويقدم الأول فالأول.

قال ابن الرفعة: وفي «النهاية» أن الصيدلاني ذكر وجهين، والثانية اتخاذه الحاجب، ثم ذكر طريقين في محلهما:

أحدهما: إذا لم يجلس للحكم، وإن جلس ففيه وجهان.

والثاني: عكس هذه.

قال الإمام: ولا معنى عندنا للخلاف، ولكن إن كثرت الزحمة وكانت المصلحة في اتخاذ الحاجب ليمنع الزحمة، اتخذه، وإن كانت المصلحة على خلاف ذلك اتبعها، وهذا ينطبق على ما حكاه الشيخ، وصاحب «الكافي» انتهى.

وكأنه نزَّل الحاجة في كلامهم على ذلك، ولهذا نسب الرافعي نحو هذا التفصيل إلى المعظم، والظاهر أن الرافعي لم يقف على كلامٍ هنا، وحاصله أربعة أوجه:

أحدها: لا يتخذه.

والثاني: له أن يتخذه مطلقًا.

والثالث: إن جلس للقضاء لم يتخذه، وإلا فله اتخاذه، وهذه الثلاثة تحصلت مما نقله.

والرابع: التفصيل الذي اختاره، ويخرج من كلام «الحاوي» وجه خامس يعرف بالمراجعة، وكلام «الوسيط» فيه مخالفة لكلام الإمام، قال الماوردي: وأما الأئمة فلا يكره لهم اتخاذ الحاجب، بل يُستحب.

فرع مهم:

قال الرافعي: إذا ولي القاضي فالمستحب أن يدعو أصدقاءه الأمناء،

....

ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه؛ ليسعى في إزالتها، ويستحب أن يكون راكبًا في مسيره إلى مجلس حكمه، انتهى.

وهذا بعد منزله عنه، وكان ممن يضع المشي قدره، أما لو كان زاهدًا خاشعًا فقد يكون المشي أليق به وأكمل، كما سبق عن «الحاوي» في الملبس.

قال: ويسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دخل، وأن يدعو إذا جلس، ويسأل الله التوفيق والتسديد، ثم ذكر أمينًا يقوم على رأسه كما سبق، ثم قال وهو مقصود الفَرْعُ: ويجوز أن يعين للقضاء يومًا أو يومين على حسب عادة الناس به ودعاويهم، وأن يُعين وقتًا من النهار، ثم إذا حضر خصمان في غير الوقت المعين سمع كلامهما، إلا أن يكون في صلاة أو على طعام فيؤخر قدر ما يفرغ منه، انتهى.

وفي «البيان» وغيره: ولا يحجب القاضي من غير عذر، وسقت في «الغنية» حديثين في التسديد في ذلك والوعيد، وهما يدلان على أن الاحتجاب عن ذوي الحاجات من غير عذر، ولا يجوز، وإنه يجب على القاضي ونحوه من المنصوبين لعموم حاجات المسلمين صرف أوقاته لفصل القضاء ونحوه حيث لا عذر له؛ لأنه أجير المسلمين إذا ارتزق من بيت المال، أمَّا المتبرع بالقضاء ففيه وقفة، ومن تعين عليه القضاء كالمرتزق في ذلك.

وقال الخفاف في «الخصال»: واعلم أن على القضاة ألَّا يمتنعوا من الأحكام في كل حال إلا عند وجود تسع خصال فمن ذلك: أن يكون غضبان، أو قد غلبه الجوع، أو العطش، وكذلك إن احتاج إلى حاجة الإنسان، وكذلك إذا أحسَّ من نفسه بتغير، أو احتاج إلى أكل وشرب، أو وقت لا يأمن على نفسه فيه، أو وقت حاجته إلى النوم، انتهى.

وقال الشافعي في «المختصر»: وأرفق الأماكن به. . . إلى آخره.

قال الماوردي: يريد بأرفق الأماكن به: أن يكون الموضع إن احتاج فيه إلى الغائط والبول قدرًا عليه، وإن عطش شرب الماء فيه، وإن جاع أكل فيه

....

الطعام؛ لأنها أحوال لا يستغنى عنها، انتهى.

وقال شريح في «روضته»: وإن كان يقضي، يُرزق من بيت المال، ويلزمه أن يقضي في كل نهاره، إلا في وقت قضاء الحاجة، والطهارة، وصلاة الفريضة والنافلة المؤكدة، وتناول الطعام على الوجه الذي يجوز للأجير أن يستقل عن العمل للمستأجر، وقد قيل: إنه يلزمه ذلك على حسب العادة والعرف، وإن كان متبرعًا بالقضاء فقد قيل: يجلس في أي وقت أراد، والصحيح أنه يقعد ـ أي: المتبرع ـ على حسب عادة الحكام، ثم هل يعتبر عادة سائر حكام البلاد أو عادة حكام ذلك البلد؟ وجهان، انتهى.

والأشبه في المتطوع ما ذكرناه أنه إن تعين عليه القضاء مجانًا فكالمرتزق، وقال ابن الرفعة بعد قول «التنبيه»: ولا يحتجب إلا لعذر ظاهر، هذا الكلام من الشيخ يقتضي أن أوقات القاضي كلها يصرفها في الانتصاب لفصل القضاء إذا لم يكن له عذر، وعليه ينطبق قول القاضي الحسين: إنه يكره للقاضي أن يعين يومًا أو يومين في الأسبوع للقضاء بل ينبغي أن يكون مرصدًا للقضاء في جميع الأوقات، إلا في أوقات الاستراحة والأكل والشرب.

وفي «الحاوي»: إنه يجعل زمان نظره معينًا من الأيام؛ ليتأهب الناس للتحاكم إليه، فإن كثرت المحاكمات ولم يتسع لها بعض الأيام لزمه النظر في كل يوم، ويكون وقت نظره من اليوم معروف، لتكون باقية مخصوصًا في أمور نفسه ولراحته ودعته، فإن قلَّت المحاكمات واتسع لها بعض الأيام جعل نظره في الأسبوع مخصوصًا بحسب الحاجة من يوم فيه أو يومين أو ثلاثة، ويختار أن يكون في أيام نظره من الأسبوع السبت والإثنين والخميس، وإن تحدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تأخيره نظر فيه، ولم يؤخره.

وقال في «التهذيب»: إنه لا يجوز أن يؤخر النظر إذا وقعت لإنسان خصومه، إلا أن يكون مستقلًا بصلاة أو أكل، أو مهم فلا بأس بالتأخير إلى الفراغ، انتهى.

وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشِبَعٍ مُفْرِطَيْنِ، وَكُلِّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقُهُ فِيهِ،

وقال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: وليس للقاضي تأخير الخصوم إذا ترافعوا إليه إلا من عذر، وله أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة، انتهى.

وهذا ظاهر إذا لم يكن في البلد سواه، أمَّا لو كان به قضاة كما في الأمصار في هذه الأعصار فهل لمن رفعت إليه خصومة منهم ولا شاغل له عن فصلها أن يدفعها إلى غيره حيث لا يخشى ضياع حق بالتأخير أم لا؛ لئلا إلى التدافع والتواكل؟ يشبه أن يجري فيه الخلاف في تدافع الأولياء التزويج، والشهود، والأداء، والحاكم المرتزق من بيت المال أولى بالمنع من الولي والشاهد.

قال: (**وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشِبَعٍ مُفْرِطَيْنِ، وَكُلِّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقُهُ فِيهِ**) أي لما في «الصحيحين» من حديث أبي بكر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لَا يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ**»[1] وفي لفظ: «**لَا يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ**»[2] وفي رواية لأبي عوانة: «**لا يقضي القاضي وهو غضبان**»[3] **ولا مهموم ولا مصاب محزون ولا يقضي وهو جائع، وعن أبي سعيد يرفعه: «لَا يَقْضِي القَاضِي إِلَّا وَهُوَ شَبْعَانُ رَيَّانُ»**[4] والآثار في هذا كثيرة.

قال أصحابنا: لا ينبغي للقاضي أن يقضي وهو غضبان، وكذا في كل حال يسوء خلقه فيها، ويتغير عقله، ويختل فهمه من جوع وشبع مفرطين، وألم

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٥٢، رقم ٢٠٥٤١)، والبخاري (٦/ ٢٦١٦، رقم ٦٧٣٩)، وأبو داود (٣/ ٣٠٢، رقم ٣٥٨٩)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٦، رقم ٢٣١٦) وابن الجارود (ص ٢٥٠، رقم ٩٩٧)، وابن حبان (١١/ ٤٤٩، رقم ٥٠٦٣).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٤٢، رقم ١٧١٧)، والترمذي (٣/ ٦٢٠، رقم ١٣٣٤) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٨/ ٢٣٧، رقم ٥٤٠٦) وأحمد (٥/ ٤٦، رقم ٢٠٤٨٥).

(٣) أخرجه أبو عوانة (٥١٥٥).

(٤) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦)، والخطيب (٦/ ٢٧٦)، والبيهقي (١٠/ ١٠٥ رقم ٢٠٠٦٩) وقال: تفرد به القاسم العمري وهو ضعيف. والحارث كما في بغية الباحث (١/ ٥١٩، رقم ٤٦١)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٣٦، رقم ٤٦٠٣)، قال الهيثمي (٤/ ١٩٥): فيه القاسم ابن عبد الله بن عمر وهو متروك كذاب. وابن عدي (٦/ ٣٤، ترجمة ١٥٧٧ قاسم بن عبد الله العمري)، وقال: عامة رواياته مما لا يتابع عليه.

....

مؤلم، وخوف مزعج، وفرح وحزن شديدين، وعند غلبة النعاس، أو الملال، ولا وهو يدافع الأخبثين، ولا بحضرة طعام تتوق نفسه إليه.

والغرض أن يكون في حال يتمكن فيها من استيفاء الفكر والنظر، بحيث يكون ساكن النفس معتدل الأحوال؛ ليقدر على الاجتهاد في النوازل، ويحترس من الزلل في الأحكام، فلا يخلص للحكم العام كما قال الماوردي إلا بعد سكون نفسه بالأكل، والشرب، وَيَتَعَرَّضَ لإزالة لِلْأَخْبَثَيْنِ، وَيَسْتَوْفِيَ حَظَّهُ مِنَ النَّوْمِ وَالدَّعَةِ، وَيَقْضِيَ وَطَرَهُ مِنَ الْجِمَاعِ حَتَّى يَغُضَّ طَرْفَهُ عَنِ الْحُرُمِ، وَيَلْبِسَ مَا يَسْتَدْفِعُ بِهِ أَذَى وَقْتِهِ مِنْ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ، وَيَفْرَغَ مِنْ مُهِمَّاتِ أَشْغَالِهِ؛ لِئَلَّا يَهْتَمَّ بِمَا يَشْغَلُ خَاطِرَه.

تنبيهات: **منها**: قال الشافعي: وَالْحَاكِمُ أَعْلَمُ بِنَفْسِهِ، فَأَيُّ حَالٍ أَتَتْ عَلَيْهِ تَغَيَّرَ فِيهَا عَقْلُهُ أَوْ خُلُقُهُ أحببت أَلَّا يَقْضِيَ حَتَّى يَذْهَب.

قال أصحابنا: فإن قضى في هذه الأحوال السالفة نفذ حُكمه إن وافق الحق لقصة الزبير المشهورة.

قلت: وفي الاستدلال بها نظر، والفارق العصمة، وعبارة جماعة: يكره له القضاء في هذه الأحوال، والظاهر أنها كراهة تنزيه.

وعبارة الماوردي وغيره تقتضي أنه خلاف الأولى، كما هو ظاهر النص، ولفظ أبي العباس بن شريح في كتابه «الودائع»: ولا يجوز له أن يقضي وهو غضبان، ولا يتغير الحال، وكذا جزم بذلك ابن أبي عصرون في «التنبيه».

وفي «الانتصار» أيضًا، ولفظه: ولا يجوز للقاضي أن يقضي في حال الغضب، ولا الجوع، ولا العطش، ولا الحزن، ولا الفرح، ولا يقضي والنعاس يغلبه، أو المرض يعلقه، أو يدافع الأخبثين، أو في حرٍّ مزعج، أو بردٍ مؤلم، ولفظه: لا يجوز إنما يستعملها المستأخرون للتحريم، انظر قول صاحب «الكافي» في كلامه على القياس وقوله: لا يقضي القاضي وهو غضبان، يعلم أن ذلك بزوال طبعه عن الاعتدال، ولا يمكنه في هذه الحالة

وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ.

التنبه، والاجتهاد، وإعمال الفكر على وجهه، فاقتضى أن يكون متهيئًا عن القضاء في حال ذهاب طبعه عن الاعتدال؛ لغلبة، أو نوم، أو جوع شديد، أو خوف هائل، انتهى.

ويقوى القول بالتحريم عند اشتداد الغضب وغيره مما يخرجه عن حيز الاعتدال والضبط.

قال الرافعي: وذكر جماعة من الأئمة منهم الإمام، والبغوي: إن المنع من القضاء في حالة الغضب مخصوص بما إذا لم يكن لله تعالى، فأمَّا إذا غضب لله تعالى في حكومة وهو يملك نفسه فيما يتعلق بحضه فلا بأس بإمضائه، لحديث الزبير والأنصاري حين اختصما في سراج، لكن احتج آخرون به؛ لأنه لو قضى في حال الغضب نفذ وإن مكروهًا، وهذا مصير منهم إلى قيام الكراهة في هذا النوع من الغضب.

قلت: وهو الموافق لإطلاق الأحاديث، ونصوص الشافعي والجمهور، والراجح من حيث المعنى؛ لأن المحذور عدم توفره على الاجتهاد، وتشويش فكره، وذلك لا يختلف بين كونه لله تعالى أو لغيره لا جرم.

قال في «البحر» بعد نقله الفرق عن بعض الأصحاب بخراسان: وهذا غريب، نعم ينبغي أن تنتفي الكراهة إذا دعت الحاجة لأجل الدين، وعلم أن ذلك لا يمنع من توفية الحقوق، والله أعلم.

قال: (**وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ**) لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] قال الحسن: كان غنيًّا عن مشاورتهم، ولكن ليستن به الحكام بعده؛ ولأن ذلك أبعد من التهمة وأطيب لنفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء.

قال جماعة من أصحابنا: وهم الذين يجوز توليتهم القضاء.

وقال آخرون: الذين يجوز لهم الإفتاء، وهو الظاهر، فيشاور الأعمى والعبد والمرأة، لكن لا تحضر النسوة المجلس كما قاله الماوردي، ولا يشاور الفاسق، قال: وفي جواز مباحثه وجهان.

....

قال القاضي الحسين: وإنما يشاور من فوقه في العلم لا من دونه على الأصح، وفيه نظر، قال القاضي: وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، وإلا فمستحبة.

وقال الرافعي: وموضع المشاورة موضع تعارض الآراء، واختلاف وجوه النظر، قلنا: الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي، فإنه لا يحتاج إلى المشاورة، انتهى.

وهذا قد تنازع فيه كلام القاضي، وقال الدبيلي: إن كان الشيء جليًّا كالنكاح في العدة فلا يحتاج إلى مشاورة، وإن كان لشفعة الجار ونحوها فيجوز أن يشاور، وألَّا يشاور لظهوره، فإن كان مما يلتبس في نكاح أو طلاق وغيرهما فإنه يحتاج إلى المشاورة.

وممن اقتضى كلامه وجوب المشاورة: الماوردي، حيث قال عقب قول الشافعي: ويجمع المختلفين؛ لأنه أشد لتقضية العلم، وهذا مختص بالحوادث المشكلة والنوازل الملتبسة، دون ما استقر بالنصوص والإجماع أو بالقياس الذي لا يحتمل غيره، فيجمع له المختلفين من أهل الاجتهاد . . . إلى أن قال: وإنما لزمه أن يفعل هذا لثلاثة أمور: اقتداءً بالصحابة، وَالثَّانِي: قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَخْفَى عليه مِنْ أَحْكَامِ الْحَوَادِثِ وَالنَّوَازِلِ مَا يَكُونُ عِلْمُهُ عِنْدَ غَيْرِهِ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُمْضِيَ حُكْمَهُ عَلَى احْتِمَالٍ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ مُجْتَهِدٌ، وَعَلَى المجتَهِدِ التَّقَصِّي فِي اجْتِهَادِهِ، وَمِنَ التَّقَصِّي أَنْ يَكْشِفَ بِالسُّؤَالِ وَيُنَاظِرَ فِي طَلَبِ الصَّوَاب، فإن تفرد الحاكم باجتهاده فقد أساء وقصَّر وكان حكمه نافذًا، انتهى.

قال الرافعي: وإذا حضر المشاورون فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم، ولا يبتدرون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان مما ينقض، أي: ليس لهم قبل المشاورة ذلك إلا إذا حكم بما يسوغ نقضه، وإن كان قد أساء بتركه المشاورة، قالوا: ونصَّ عليه الشافعي، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب

....

المختلفة، ليذكر كل واحد منهم دليل مذهبه، فيتأمل! ويأخذ بالأرجح عندهم، أي: إذا ظهر له تطابق ما عنده لا أنه يقلّدهم بحال.

تنبيهات: أحدها: قال الرافعي: ثم الذين يشاورهم إن شاء جمعهم عنده، وإن شاء أقعدهم إلى ناحية، فإذا احتاج استدعاهم.

قال: وقول الغزالي: إنه يخرج بعد اجتماع الفقهاء كالصريح في أنه يحضرهم قبل أن يجلس للحكم، وهذا وإن لم يتعرض له المعلم، يجوز أن يوجه بأنهم بانتظاره أولى منه بانتظارهم، انتهى.

وقال ابن سريج في «الودائع»: فإذا صار إلى مجلسه ابتدأ باستعمال قربة من صلاة أو ذكر، ثم جلس وسما بهمته إلى ربه سائلًا له التوفيق للحق في القول والفعل، ثم أحضر العلماء إلى مجلسه، وهذا كالصريح، بخلاف كلام الغزالي.

وعبارة ابن القاص: ويجمع الفقهاء العدول، ويخليهم عن يمينه وشماله بحيث يسمعون كلامه وكلام الخصمين، ويرفع مجالسهم، وينزلهم على قدر مراتبهم من العلم والنهي.

ثانيها: جميع ما سبق هو في الحاكم المجتهد، واستحضاره أمثاله، وأما في زماننا فيشاور الذين بلغوا رتبة الاجتهاد المفيد في المذاهب إن كان هو ممن بلغ رتبة الاجتهاد في مذهب إمامه، وأين ذاك الواحد، وأمَّا من سدا طرفًا من فقه المذهب وليس من خيل هذا الميدان فكيف الحال؟ وما الفائدة في إحضار المخالفين؟ فيقرب أن يقال: يقتصر على إحضار فقهاء مذهبه، فلعلَّهم يُنبهونه على نصٍ لإمامه، أو قيد، أو شرط للمسألة، أو نقل خاص فيه لم يظفر به، أو ترجح.

ولم أر في هذا كلامًا، مع أن الحاجة ماسة إليه، وقد صرَّح جماعة بإيجاب المشاورة فيما أشكل كما سبق على المجتهد، فما الظن بالمقلد الضعيف؟

ثالثها: يستحب ألَّا يحكم إلا بحضور جماعة من العدول، أقلّهم: اثنان؛

وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ، ....

ليشهدوا عليه بما حكم به، وعلى الخصوم بما يصدر منهم، ولأنه أبعد عن التهم، وللخروج من خلاف مالك وغيرها من وجوه المصالح.

قال أصحابنا: ويستحب إذا أراد أن يحكم أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قد قامت عليك البينة بكذا، ورأيت الحكم عليك بكذا؛ لتكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة، وهذا بعد الإعذار.

وعن نصِّه في «الأم»: إنه يبديهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم، ويؤخر الحكم اليوم واليومين، إذا سألهما فجعلاه في حلٍّ من التأخير، وإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخره؛ لأن الحكم إذا بان وجهه كان على الفور، وتأخيره ظلم.

وقال ابن سريج عقب ما سبق عنه: وإن توجه له الحكم، وقام في نفسه صحة ذلك، شاور فيه العلماء، فإن خالفوه على ما في نفسه توقف عن إمضاء الحكم، حتى يتيقن ما في ذلك من الحكم، وإن لم يخالفوا أمضى الحكم، هكذا يفعل في كل مجالسه، ولا ينزل الدرس في العلم، ومجالسة أهله، ونقل مواكلة الناس ومصاحبته لهم، وقبول بِرهم، والتجارة في عمله، والتعرض لما لا يؤمن فيه المحاباة، فيكون ذلك ناكبًا في سيرته، قادحًا في عدالته. هذا لفظه رحمه الله، ثم انقضت تلك السنون وأهلها، فكأنها وكأنهم أحلام.

قال: **(وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ)** أي: في عمله.

وعطفه هذا قوله: **(وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ)** يفهم أنه [لا][(١)] خلاف الأولى، وقد قال هو والأصحاب: إنه يكره له أن يتولى ذلك بنفسه، أمَّا في غير مجلس الحكم فلأنه قد يحابي للقضاء، فيميل قلبه إلى المحابي، وربما خان خصمه من ميل القاضي إليه فيمتنع من رفعه، وأمَّا في مجلس الحكم فلهذا المعنى، ولئلا يشتغل قلبه، وعن شريح قال: شرط علي عمر رضي الله عنه حين ولَّاني ألَّا أبيع ولا أبتاع ولا أقضي وأنا غضبان.

(١) ليست في نسخة.

وَلَا يَكُونَ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ، ....

قال: (وَلَا يَكُونَ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ) أي: كيلا يحابي أيضًا، قال في «الأم»: ويجب للقاضي والوالي أن يولي الشراء له والبيع رجلًا مأمونًا غير مشهور بأنه يبيع له ويشتري خوف المحاباة فيهما، فإن هذا من مأكل كثير من الحكام، انتهى.

قال أصحابنا: فإذا وكَّل وعرف بوكالته أبدله بآخر، فإن لم يجد من يوكله عقد بنفسه للضرورة، ثم إذا وقعت خصومة لمن عامله أناب، أي: ندبًا، كما أشار إليه الماوردي من يحكم بينه وبين خصمه خوفًا من الميل إليه، ولا يختص ما ذكرنا بالبيع والشراء بل الإمارة والاستئجار وسائر المعاملات في معناهما، بل نصَّ فِي «الأُمِّ»: عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْظُرُ فِي نَفَقَةِ عِيَالِهِ وَلَا أَمْرِ ضَيْعَتِهِ، ويَكِلُهُ إِلَى غَيْرِهِ تَفَرِيغًا لِقَلْبِهِ، هذا ما نقله الرافعي، وسبق كلام ابن سريج في اتخاذه في عمله.

وقال غيره: هو مكروه لما روي مرفوعًا: «**مَا عَدَلَ وَالٍ اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ أَبَدًا**»(١).

قالوا: ولأنه يشغل به عن القضاء الذي أخذ الرزق عليه، وقضية الحديث إن صح، وهذا التوجيه التحريم.

تنبيه: المحاباة: الزيادة فيما اشترى منه، والتنقيص في ثمن ما اشتراه، وإذا تحققت المحاباة فهي كالهبة والهدية كما سيأتي.

قال في «الذخائر»: ينبغي أنه إذا تحققت المحاباة تحرم الهبة، وقلنا: يمتنع الملك أن يفسد البيع في قدرها، وفي الباقي قولًا تفريق الصفقة، انتهى.

وودت لو قيل: إنه يحرم عليه أن يبيع أو يشتري من أحد الخصمين في دوام المحاكمة للتهمة الظاهرة، وسوء الظن به، وذكر الدارمي أنه إذا اشترط المهدي مدحه جاز، وإن كانت له حكومة، وفيه نظر ظاهر للتهمة وخوف القالة، ولا سيما إذا كان الثواب دون الهدية، بل ذلك طريق إلى الرشوة،

---

(١) أخرجه الرامهرمزي في المحدث الفاصل (١/ ٤٩٢) وأورده الحافظ في اللسان (٧/ ١٠، ترجمة ٦١ أبو الأسود المالكي) وقال: قال أبو أحمد الحاكم: حديثه ليس بالقائم.

فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ حَرُمَ قَبُولُهَا، وَإِنْ كَانَ يُهْدَى وَلَا خُصُومَةَ جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا.

فالسلامة سد الباب.

قال: (**فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ حَرُمَ قَبُولُهَا، وَإِنْ كَانَ يُهْدَى وَلَا خُصُومَةَ جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا**) هذه مسألة عظيمة عمَّت البلوى بوقوع أكثر ولاة الأمور فيها، وتساهلهم في قبول هدايا رعاياهم، وأعرضوا عن الأحاديث والآثار الناهية عنها، واقتحموا مخالفتها، إلا من رحم ربك، فيقدم على الخوض في مسائل الكتاب، مقدمة، وهي الرشوة، وهي ضربان:

أحدهما: أن يبذل الخصم للحاكم شيئًا ليحكم له بغير الحق، أو ليدفع عنه حقًا، ولا خلاف بين الأمة في تحريمها، وقد أشارت الآيات الكريمة في مواضع إلى ذم آكليها.

والضرب الثاني: أن يبذل الخصم شيئًا للحاكم ونحوه ليقضي له بحقه، ولولا البذل لما قضى له به، ولا أعرف في هذا خلافًا، وصرَّح به مصرحون، ولا شك فيه، ولكنه أخف مأثمًا من الضرب الأول، والأحاديث والآثار الواردة في الذم كثيرة، فمنها: حديث أبي هريرة أنه ﷺ قال: «**لَعْنَةُ الله عَلَى الرَّاشِي وَالْمرتَشِي فِي الحكْم**»(١) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما، ولهما ولغيرهما: «**الرَّاشِيَ وَالْمرتَشِيَ وَالرَّائِشَ**»(٢) رواه الإمام أحمد.

---

(١) حديث ابن عمرو: أخرجه الطيالسي (ص ٣٠٠، رقم ٢٢٧٦)، وأحمد (٢/ ١٦٤، رقم ٦٥٣٢)، وأبو داود (٣/ ٣٠٠، رقم ٣٥٨٠)، والترمذي (٣/ ٢٣، رقم ١٣٣٧)، وقال: حسن صحيح. والحاكم (٤/ ١١٥، رقم ٧٠٦٦)، وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (١٠/ ١٣٨، رقم ٢٠٢٦٥).
حديث عائشة: أخرجه أبو يعلى (٨/ ٣٦٠، رقم ٤٩٤٧). قال الهيثمي (٤/ ١٩٩): رواه البزار، وأبو يعلى، وفيه إسحاق بن يحيى بن طلحة، وهو متروك.
حديث عبد العزيز بن مروان: أخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٤٨، رقم ١٤٦٧٠).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٢٧٩، رقم ٢٢٤٥٢)، والطبراني (٢/ ٩٣، رقم ١٤١٥)، قال الهيثمي (٤/ ١٩٨): رواه أحمد، والبزار، والطبراني في الكبير، وفيه أبو الخطاب، وهو مجهول. =

....

وَالرَّائِش: الماشي بينهما، وإنما يتوجه الذم على الراشي إذا توصل بذلك إلى أخذ ما ليس له، أو إبطال حق عليه، وأما لو حيل بينه وبين حقه، وعلم أنه لا يصل إليه إلا بسحتٍ يبذله لظالم أو قاضي سوء، فالوزر خاص بالمرتشي وحده منهما، وأما المتوسط بينهما ـ وهو الرائش ـ فحكمه حكم موكله منهما، فإن توكل عنهما فعاصٍ لا محالة.

وفي «عمد» الفوراني وغيره من كتب الفقه مرفوعًا: «**الرَّاشِي وَالْمرتَشِي فِي النَّارِ**»(١).

وقال الحافظ أبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه»: حدثنا خلف بن خليفة عن منصور عن الحكم عن أبي وائل وهو شقيق بن سلمة التابعي الجليل، وأحد المخضرمين ـ رَحِمَهُ اللهُ تعالى. قال: «القاضي إِذَا أَخَذَ الْهَدِيَّةَ فَقَدْ أَكَلَ السُّحْتَ، وَإِذَا أَخَذَ الرِّشْوَةَ بَلَغَتْ بِهِ الْكُفْر»(٢) وهذا إسناد صحيح، والظاهر أنه أراد إذا أخذها مستحلًا بلا تأويل ولا شبهة، ويحتمل أنه أراد أنها طريق وسبب موصل إليه، كما قال بعض السلف: المعاصي تزيد الكفر.

وما أحسن منصور التميمي الفقيه من أئمتنا؛ إذ قال:

إِذَا رِشْوَةٌ مِنْ بَابِ بَيْتٍ تَقَحَّمَتْ ... لِتَدْخُلَ فِيهِ، وَالْأَمَانَةُ فِيهِ
سَعَتْ هَرَبًا مِنْهُ وَوَلَّتْ كَأَنَّهَا ... حَلِيمٌ تَنَحَّى عَنْ جِوَارِ سَفِيهِ

هذا حكم الرشوة.

وأمَّا الهدايا فقال الرافعي وكثيرون: إن الأولى سد الباب، وألَّا يقبلها

= والبيهقي (٤/ ٣٩٠، رقم ٥٥٠٣) والديلمي (٣/ ٤٦٣، رقم ٥٤٣٨).
حديث أبي هريرة: أخرجه الحاكم (٤/ ١١٥، رقم ٧٠٦٧).

(١) حديث عبد الرحمن بن عوف: أخرجه البزار (٣/ ٢٤٧، رقم ١٠٣٧). قال الهيثمي (٤/ ١٩٩): فيه من لم أعرفه.
حديث عبد الله بن عمرو: أخرجه الطبراني في الصغير (١/ ٥٧، رقم ٥٨) قال الهيثمي (٤/ ١٩٩): رجاله ثقات. وفي الأوسط (٢/ ٢٩٥، رقم ٢٠٢٦).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٩٥٢).

....

مطلقًا؛ لأنه أبعد عن التهمة، هكذا أطلقوه، ويشبه أن يكون هذا في هدية غير أصوله وفروعه لانتفاء المعنى؛ إذ لا ينفذ حكمه لهم على المذهب الظاهر، وقد يتوقف فيه من جهة الحكم عليهم، ولا يبعد أن يقال: الأولى قبول هدية ذي الرحم المهادي قبل الولاية بالشرط الآتي، ذكره حيث لا حكومة، ولا يخشى الميل إليه لأجلها، لو حاكم إليه وبينته عليها، فإن الرد عليه يؤدي إلى القطيعة والعداوة، فتترجح مصلحة القبول على مصلحة الرد بالشرط الذي ذكرناه، ولكنه عسر، نعم إن وثق بدين قريبه وعقله وقبول عذره في الرد فالأولى سد الحجاب وسد الباب، كما أطلقه الأصحاب، وهذا فيمن عدا الأصول والفروع، وفي كلام الماوردي إشارة إلى استثناء الوالد مطلقًا، والولد كالوالد، وأولى من جهة أنه لا يحتمل ما يحتمله الوالد من الجفاء.

والأصل في ذم هدايا الولاء والعمال ما ثبت في «الصحيح» من طرق من حديث أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ قال: اسْتَعْمَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ رَجُلًا مِنَ الأَسْدِ يُقَالُ لَهُ: ابْنُ اللُّتْبِيَّةِ - قَالَ عَمْرٌو وَابْنُ أَبِي عُمَرَ: عَلَى الصَّدَقَةِ - فَلَمَّا قَدِمَ قال: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا لِي أُهْدِيَ لِي، قال: فَقَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى الْمِنْبَرِ فَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ وَقَال: «**مَا بَالُ عَامِلٍ أَبْعَثُهُ فَيَقُولُ: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهْدِيَ لِي، أَفَلَا قَعَدَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ فِي بَيْتِ أُمِّهِ حَتَّى يَنْظُرَ أَيُهْدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَا يَنَالُ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنْهَا شَيْئًا إِلَّا جَاءَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ عَلَى عُنُقِهِ بَعِيرٌ لَهُ رُغَاءٌ أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا خُوَارٌ أَوْ شَاةٌ تَيْعِرُ**» ثُمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى رَأَيْنَا عُفْرَتَيْ إِبْطَيْهِ، ثُمَّ قال: «**اللَّهُمَّ هَلْ بَلَّغْتُ**» مَرَّتَيْنِ(١).

وعنه رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «**هَدَايَا الْعُمَّالِ غُلُولٌ**» رواه الإمام أحمد بإسناد حسن، وفي لفظ للبيهقي في «السنن الكبير»: «**هَدَايَا الأُمَرَاءِ غُلُولٌ**»(٢) وهو بمعنى الأول، والآثار عن عمر رضي الله عنه في التشديد في ذلك،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٧) ومسلم (٤٨٤٣).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤٢٤ رقم ٢٣٦٤٩)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٥/ ٢٤٩) قال الهيثمي: رواه الطبراني من رواية إسماعيل بن عياش عن الحجازيين وهي ضعيفة. وابن عدي =

....

وقصته مع من أهدى له رجل جزور مشهورة.

روى البيهقي في «السنن الكبير»: أَنَّ رَجُلًا كَانَ يُهْدِي إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ كُلَّ سَنَةٍ فَخِذَ جَزُورٍ، قال: فَجَاءَ يُخَاصِمُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ فَقال: يَا أَمِيرَ المؤمِنِينَ، اقْضِ بَيْنَنَا قَضَاءً فَصْلًا كَمَا تُفْصَلُ الفَخِذُ مِنَ الْجَزُورِ، قال: فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ إِلَى عُمَّالِهِ: لَا تَقْبَلُوا الْهدي، فَإِنَّهَا رِشْوَةٌ.

وأحسن من رأيته تكلم على المسألة وأقسامها: الماوردي، فلنورد ملخص كلامه، ثم تبعه بكلام غيره، والكلام على ألفاظ الكتاب، فلا تمل، فإن الحاجة ماسّة إلى بيان ذلك، وعليَّ أن أسعى، وليس عليَّ إدراك النجاح.

قال الماوردي ﷺ: مُهَادَاةُ الْوُلَاةِ، فَهُمْ ثَلَاثَةُ أَصْنَافٍ: وُلَاةُ سَلْطَنَةٍ، وَوُلَاةُ عِمَالَةٍ، وَوُلَاةُ أَحْكَامٍ.

الصِّنْفُ الْأَوَّلُ: وَهُمْ وُلَاةُ السَّلْطَنَة، فَكَالْإِمَامِ الْأَعْظَمِ وَمَنْ قَامَ مَقَامَهُ، فَكُلُّ النَّاسِ تَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَمِنْ جُمْلَةِ رَعِيَّتِهِ، فإن هاداه أهل دار الحرب جاز له قبول هداياهم كما يجوز له استباحة أموالهم، ثم إن كانت الهدية لأجل سلطانه كان بيت المال أحق بها، وإن كانت لما لا تختص بالسلطنة بل لمودةٍ سلفت فله تملكها، وإن هاداه لحاجة عرضت، فإن كان لا يقدر على قضائها إلا بالسلطنة كان بيت المال أحق بها منه، وإن كان يقدر عليها بغير السلطنة فهو أحق بها، وأما هدايا دار الإسلام فثلاثة أقسام:

أحدها: أن يهدي إليه من يستعين به، إمَّا على استيفاء حق، أو دفع ظلم، وإمَّا على باطل يعينه عليه، فهذه الرشوة المحرمة عليه، فأمَّا باذلها فإن كانت لاستخلاص حق أو لدفع ظلم لم يحرم عليه بذلها كفداء الأسير، وإن كان لباطل معان عليه حرم بذلها كقبولها، ووجب ردّها عليه، ولم يجز أن توضع في بيت المال.

=
(١/ ٣٠٠ ترجمة ١٢٧ إسماعيل بن عياش)، والبيهقي (١٠/ ١٣٨، رقم ٢٠٢٦١) والبزار (٩/ ١٧٢، رقم ٣٧٢٣).

....

والثاني: أن يهدي إليه من كان يهاديه قبل الولاية؛ لنسب أو مودة، فهي هدية لا رشوة، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون بقدر ما كان قبل الولاية لغير حاجة عرضت، فيجوز له قبولها.

والثاني: أن يقترن بحاجة عرضت إليه فيمتنع قبولها عند الحاجة، ويجوز قبولها بعد الحاجة.

والثالث: أن يزيد في هديته على قدر العادة لغير حاجة، فينظر فإن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها؛ لدخولها في المألوف، وإلا منع من قبولها لخروجها عن المألوف.

والقسم الثالث: أن يهدي إليه من لم يكن يهاديه قبل الولاية، فهذا أضرب:

أحدها: أن يهدي إليه من يخطب منه الولاية على عمل يقلده، فهذه رشوة تحرم عليه أخذها، سواء كان الخاطب مستحقًا للولاية أم لا، وعليه ردّها، ويحرم على باذلها إن لم يكن مستحقًا للولاية، وإن كان مستحقًا لها فإن كان مستغنيًا عن الولاية حرم عليه بذلها، وإن كان محتاجًا إليها لم يحرم عليه بذلها.

والضرب الثاني: ألَّا يهدي إليه من شَكره على جميل كان منه، فهذا خارج من الرشا، وملحق بالهدايا؛ لأن الرشوة ما تقدمت، والهدية ما تأخرت، وعليه ردّها، ولا يجوز له قبولها؛ لأنه يصير مكتسبًا مجاملته ومعتاضًا على جاهه، وسواء كان ما نقله من الجميل واجبًا أم تبرعًا ولا يحرم بذلها على المهدى.

والضرب الثالث: أن يهدي إليه من ينتدبه بالهدية لغير مجازاة على فعل سالف، ولا طلبًا لفعل مستأنف، فهذه هدية بعث عليها جاه، فإن كافأ عليها جاز له قبولها وإلا فوجهان:

أحدهما: يقبلها لبيت المال؛ لأن جاه السلطنة لكافة المسلمين.

والثاني: يردها ولا يقبلها؛ لأنه المخصوص بها.

....

قلت: وهو الصحيح، والله أعلم.

الصنف الثاني: العمال، كعمال الخراج والصدقات، فإن كان المهدي من غير عمله فكهدايا الرعايا.

قلت: ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يكن لأجل بعض من في عمله من قريب ونحوه، وإن كان من أهل عمله فأضرب:

أحدها: أن تكون الهدية قبل استيفاء الحق من الهدي، فهي رشوة محرَّمة، سواء كان العامل مرتزقًا أم لا، فإن أضاف العامل ولم يهاده نظر، فإن كان العامل مستوطنًا لم يجز له أن يدخل في ضيافته، وإن كان مختارًا جاز دخوله فيها بعد استيفاء الحق منه، لا قبله.

والضرب الثاني: أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق منه على جميل قدَّمه إليه نظر، فإن كان ذلك الجميل مما يجب على العامل أن يفعله بحق عمله وجب ردّها، وحرم قبولها، وإن كان مما لا يجب عليه لم يكن له أن يتملكها ما لم تعجل المكافأة عليها، وهل تعاد إلى مالكها أو تكون لبيت المال؟ وجهان.

والضرب الثالث: أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق على غير سبب أسلفه، فإن عجل المكافأة عليها مثل قيمتها جاز أن يتملكها، وإن لم يكافئ عليها فقد خرجت عن الرشوة والجزاء فلم يجب ردها، وتعرض بها للتهمة وسوء المقالة.

واختلف أصحابنا فيها على أوجه:

أحدها: تقر على العامل؛ لأنه ﷺ أقر ابن اللتبية على الهدية ولم يسترجعها منه.

والثاني: يسترجعها منه لبيت المال؛ لأنه أخذها تجاه العمل، ويضم إلى المال الذي استعمل فيه.

قلت: ورأيت في «تعليق» البغوي: هذا مثل ما فعل رسول الله ﷺ في هدايا ابن اللتبية، انتهى.

قال: فَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ فِي اجْتِهَادِهِ أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهَا جَازَ إِذَا كَانَ مِثْلُهُ يَجُوزُ

....

أَنْ يَبْدَأَ بِمِثْلِهَا، وَإِنْ رَأَى أَنْ يُشَاطِرَهُ عَلَيْهَا جَازَ، كَمَا فَعَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي ابْنِيه، أي: في القصة المشهورة المذكورة في باب القراض.

والثالث: إِنَّهُ إِنْ كَانَ الْعَامِلُ مُرْتَزِقًا قَدْرَ كِفَايَتِهِ أُخِذَتْ مِنْهُ الْهَدِيَّةُ لِبَيْتِ المالِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُرْتَزِقٍ أُقِرَّتْ عَلَيْهِ لحديث: «**مَنِ اسْتَعْمَلْنَاهُ عَلَى عَمَلٍ فَرَزَقْنَاهُ رِزْقًا فَمَا أَخَذَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ غُلُولٌ**»(١) فَلَوْ كَانَ مُرْتَزِقًا، وَلَمْ يَكْتَفِ بِرِزْقِهِ، فَقَدْ رَوَى الْأَوْزَاعِيُّ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ جُبَيْرٍ عَنِ الْمُسْتَوْرِدِ بْنِ شَدَّادٍ، قال: سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: «**مَنْ كَانَ لَنَا عَامِلًا فَلْيَكْتَسِبْ زَوْجَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ فَلْيَكْتَسِبْ خَادِمًا، فَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَسْكَنٌ فَلْيَكْتَسِبْ مَسْكَنًا**»(٢) فَدَلَّ هَذَا الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّ الْغُلُولَ الْمُسْتَرْجَعَ مِنْهُ ما كان تَجَاوَزَ قَدْرَ حَاجَتِهِ.

الصِّنْفُ الثَّالِثُ: وَهُمْ قُضَاةُ الْأَحْكَامِ، فَالْهَدَايَا فِي حَقِّهِمْ أَغْلَظُ مَأْثَمًا، وَأَشَدُّ تَحْرِيمًا وهداياهم ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ الْهَدِيَّةُ فِي عَمَلِهِ فَلِلْمُهْدِي ثَلَاثَ أَحْوَالٍ:

إِحْدَاهَا: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَمْ يُهَادِهِ قَبْلَ الْوِلَايَةِ، فَلَا يَجُوزُ قبولها، سَوَاءٌ كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْهَدِيَّةِ مُحَاكَمَة أم لا؛ لأنه مُعرَّض لأن يُحاكَم أو يُحاكِم.

والثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُهَادِيهِ قَبْلَ الْوِلَايَةِ لَرَحِمٍ أَوْ مَوَدَّةٍ وَلَهُ فِي الْحَالِ مُحَاكَمَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ قَبُولُ هَدِيَّتِه.

والثَّالِثَةُ: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُهَادِيهِ قَبْلَ الْوِلَايَةِ وَلَيْسَ لَهُ مُحَاكَمَةً فَيَنْظُرُ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ ما تقدم بأن كَانَ يُهَادِيهِ بِالطَّعَامِ فَصَارَ يُهَادِيهِ بِالثِّيَابِ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْبَلَهَا لأن الزِّيَادَةُ هَدِيَّةٌ بِالْوِلَايَةِ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ مَا تقدم الوِلَايَةِ

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٤٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٣٤، رقم ٢٩٤٥)، والطبراني (٢٠/ ٣٠٥، رقم ٧٢٧)، والحاكم (١/ ٥٦٣، رقم ١٤٧٣) وقال: صحيح على شرط البخاري. والبيهقي (٦/ ٣٥٥، رقم ١٢٧٩٧). وابن خزيمة (٤/ ٧٠، رقم ٢٣٧٠) والديلمي (٣/ ٥١٦، رقم ٥٦٠٩).

....

فَفِي جَوَازِ قَبُولِهَا وَجْهَان.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الْهَدِيَّةُ فِي عَمَلِهِ، مِنْ غَيْرِ أَهْلِه فينظر إن دخل بها إلى عمله فقد صار بدخوله بها من أهل عمله، فلا يجوز قبولها كانت له محاكمة أم لا؛ لجواز حدوث المحاكمة، وإن لم يدخل بها المهدي وأرسلها وله محاكمة وهو طالب أو مطلوب فهي رشوة محرمة، وإن أرسلها ولم تكن له محاكمة ففي جواز قبولها وجهان.

والقسم الثالث: أن تكون الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عن عمله فنزاهته عنها أولى ليحفظ صيانته فإن قبلها جاز.

قلت: وهذا إذا لم تدل قرينة على أنها مقدمة للمحاكمة إليه إذا عاد إلى عمله، أمَّا لو دلَّت كما لو شكا إليه أن له مظالم بعمله، وإنه عجز عنها ونحو ذلك فهي رشوة محرمة سلفًا وتعجيلًا.

قال: وأما نزوله ضيفًا على غيره فإن كان في عمله لم يجز، وإلا جاز، ولم يكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيمًا، إذا تقرر هذا فإن أبيحت له الهدية جاز أن يتملكها، وإن حرمت عليه نظر، إن كانت رشوة لتقدمها على المحاكمة وجب ردّها قبل الحكم نفذ حكمه أو بعده، فإن كان حكمه على الباذل نفذ، وإن كان للباذل ففي نفوذه إذا وافق الحق وجهان.

قلت: في نفوذ حكمه قبل ردها نظر؛ لأن يفسق بأخذها فردّها بعد الحكم ينبغي أن يؤثر في صحته مطلقًا، اللهم إلا أن يكون قد أخذها عازمًا على ردها بعد الحكم؛ لفصل القضية على مقتضى الشرع؛ إذ لو ردّها قبل الحكم لذهب لخصم ببعض الحق أو به أو بالهدية إلى من لا يردّها ويقضي بالباطل، فهذا محتمل.

وحكي عن بعض قضاة الموصل المتأخرين ـ رحمهم الله ـ أنه قامت عنده بينة بإحداث كنيسة، فعزم على هدمها فحمل إليه النصارى ليلًا مالًا جزيلًا، فوعدهم بالحكم إلى القديم، جمع الناس وأمير البلد وأحضر المال والنصارى

....

ظانين أنه يحكم لهم، فحكم بهدمها وبيّن حالهم، وما حملوا وأمر برفعه إلى بيت المال، وإن كانت الهدية جزاء لتأخرها عن الحكم وجب ردّها على مهديها، والحكم معها نافذ، سواء كان الحكم للمهدي أم عليه.

قلت: وهذا إذا لم يتقدم الحكم مواطأة عليها، فإن تقدمه ذلك كما هو الواقع لبعض قضاة السوء فهي رشوة محرَّمة كالمأخوذة قبل الحكم، وفي نفوذ الحكم ما ذكرناه، وإن خرجت الهدية عن الرشوة والجزاء لابتداء المهدي بها تبرعًا، فلا يجوز للقاضي تملكها لحظرها عليه، وفيها وجهان:

أحدهما: ترد على مهديه لفساد الهدية.

والثاني: توضع في بيت المال لبذلها طوعًا لنائب المسلمين، انتهى.

حاصل «الحاوي»: والمختار وجوب ردّها؛ لبقاء ملك مالكها عليها؛ لأنه لم يقصد بها إلا تمليك القاضي لا غير ولما في إمساكها من العار والقالة، وسيأتي ترجيح الثاني عن حمله، والمختار الأول.

وفي «البيان»: إذا أهدى إلى القاضي أو العامل على الصدقة هدية نظر، فإن كان المهدي ممن لم يجز له عادة بالهدية قبل الولاية حرم قبولها، إذ الظاهر إنما أهدي له لخصومة حاضرة، وإن كان المهدي ممن عادته مهاداته قبل الولاية بقرابة، أو صداقة، وله حكومة، لم يجز قبولها، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا يجوز لعموم الأحاديث.

والثاني: يجوز، وهو المنصوص، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره إلا أن الأولى له ألّا يقبل لجواز أنها لحكومة منتظرة، وذكر الشيخ أبو إسحاق: إنه إذا لم تكن له حكومة، فإن كان أكثر مما كان يهدى أو رفع منه لم يجز قبولها لم يجز له قبولها، وإن كان مثله جاز قبولها، هذا ترتيب أصحابنا العراقيين.

وقال الخراسانيون: إن كان المهدي أحد المتحاكمين لم يجز قبول الهدية منه، وإن كان غيرهما فإن كان من أهل ولايته لم تقبل منه، سواء كان ممن هدى قبل الولاية أم لا، وإن كان من غير أهل ولايته فالأولى ألّا تقبل منه،

....

وإن خرج القاضي عن بلد ولايته فأهدى إليه، فهل يجوز قبولها منه؟ فيه وجهان: المنصوص: الجواز، والثاني: المنع، كما لا يجوز أخذ الرشوة هناك وكل موضع قلنا: لا يجوز له قبول الهدية فقبلها لم يملكها، وهل يردّها إلى المهدي أو إلى بيت المال؟ فيه وجهان: ظاهر المذهب الثاني.

وكذلك الوجهان في العامل إذا قبل الهدية، هذا ترتيب أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: هل يملكها المهدي إليه؟ فيه وجهان، انتهى.

وما نسبه إلى الخراسانيين أخذه من «الإبانة» للفوراني، وقال الفوراني في «العمد»: ولو أهدى إليه أحد المتحاكمين أو كلاهما فلا تحل له، فلو قيل: هل يملك؟ وجهان: أصحهما: لا يملك.

وقال صاحب «التقريب»: يملك وتوضع في بيت المال، فأمَّا إذا أهدى إليه من لم يتحاكم إليه فإن كان من أهل ولايته فلا تحل له أن تقبل سواء كان ممن يهدي إليه قبل الولاية أو لا يهدي فإن قبله أثابه، وإن لم يثبه جعله في بيت المال، فأمَّا إن أهدى إليه من هو من غير أهل عمله أثابه، وإن لم يثبه حل له؛ لأنه غير متهم، انتهى لفظه.

وقال الإمام في «النهاية»: قال الأصحاب: إن كانت للمهدي خصومة حرم قبول هديته، فإن قبل فالذي ذهب إليه الأكثرون أنه لا يملك، وهذا معنى التحريم، وقيل: يملك، وقرب الخلاف من الخلاف في هبة ماء الطهارة بعد دخول الوقت وإن لم يكن للمهدي خصومة فإن لم يكن بين بلد ولايته نظر إن كان يهدي إليه قبل أن ولي، فقبولها قريب إذا اجتمع عدم الخصومة، وإنه ليس من أهل ولايته، واعتياد الإهداء قديمًا، والمستحب الامتناع، وإذا قَبِل ملك، وإن كان لا يهدي إليه من قبل ولا خصومة، وليس هو من ولايته فيكره القبول، فإذا قَبِل ملك، والأولى أن يثيب، فإن لم يفعل وضع الهدية في بيت المال، وإن كان من بلد ولايته وكان يهدي قديمًا فلا كراهية، والمستحب الامتناع، ولا يخفى ما بعده، وإن كان لا يهدي قديمًا وهو من أهل ولايته ولا خصومة له اشتدت الكراهية، والذي عليه الجريان أنه لو قبل ملك.

....

وقال القفال في بعض طرقه: وإذا حرَّمنا قبول الهدية وهو ما إذا كان له خصومة، فلا يحصل الملك بالقبول، وإذا لم تكن خصومة، ولكنه من أهل ولايته، وما كان يعتاد الإهداء، ففي حصول الملك وجهان، هكذا قال، وإذا أجرى الوجهين، فإن أحدهما يحرم قبول الهدية لا محالة، والطريقة المشهورة للأصحاب: إن الهدية إذا لم تكن في حال الخصومة فهي ملكه، ولا يطلق إلا الكراهية، وإن كان في حال الخصومة قطعنا بالتحريم، وفي حصول الملك وجهان، انتهى.

وقال البغوي في «التعليق»: إن كان للمهدي خصومة جزم قبوله، ووجب رده، ولو قبله لا يجوز تملكه، بل يضعه في بيت المال، وإن لم تكن له خصومة إن كان عادته بالإهداء قبل الولاية، فالأولى والمستحب: إنه لا يقبل، ولكن يجوز القبول، ولا يكره، وله أن يتملكه، ولو كان ممن لا يهدي من قبل لا شك أنه يكره له القبول، ولو قبل وأثاب تملك، ولو لم يثب يجعله في بيت المال، وهل له أن يتملكه؟ ينظر إن كان المهدي من غير أهل ولايته جاز له التملك مع الكراهة، وإن كان من أهل ولايته فوجهان.

وذكر الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» مثل هذا التفصيل، إلا أنه قيَّد القبول من المهادي قبل الولاية بألَّا يكون أكثر مما كان يهدي إليه من قبل، والحاصل من كلام الأصحاب على اختلاف عباراتهم وطرقهم: إن قبول الهدية من الخصمين أو من أحدهما حال المحاكمة حرام مطلقًا من المهادي قبل الولاية وغيره، سواء كان من أهل العمل أم لا، نعم، قال الدارمي: إن كان شرط أن يثنيه جاز، وإن كانت حكومة، انتهى.

وفي هذا الإطلاق نظر إلا أن تكون معاوضة بثمن المثل فأكثر، ودفع الثمن جهارًا، وحكم ما لو أحسن أن قديم المهاداة إنما أهدى إليه لحكومة تحريم القبول كحالة المحاكمة، صرَّح به البندنيجي، واقتضاه كلام غيره ولا شك فيه.

وأفهم كلام شريح الروياني نقل خلاف فيه حيث قال: ومن كان يهدي إليه قبله، فإن كانت له خصومة لم يحل قبول هديته قبل الحكم، نصَّ عليه في

....

«الأم» وقد قيل فيه قول آخر: إنها لا تحرم، فافهم قبول هدية المهادي مطلقًا على قول، وهو غريب، وإن لم يكن للمهدي عادة بالهدية قبل الولاية، وكان من أهل عمله أو غيرها، وأهداها بنفسه في عمله، ولا حكومة له، ولا أحس القاضي بأن ذلك لأجل حكومة يأتي بها من بعد ذلك، فالذي أورده العراقيون وجماعة من المراوزة؛ كالفوراني، وصاحبا «التهذيب» و«الكافي» وغيرهم: تحريم القبول، وهو المذهب، خلافًا لما ذكره الغزالي وغيره ومن تبعهم.

وقال ابن القاص في «أدب القضاء»: قال الشافعي في كتاب الصدقات: ولو أهدى إلى الساعي رجل من أهل عمله فأخذ هديته وأثابه عليها حلَّت له، وإن لم يثبه عليها جعلها في الصدقات لا تحل له، عندي غيره، وإن أعطاه رب المال فحرم أخذه.

وقال الشافعي في كتاب أدب القاضي: ولا تقبل من واحد من الخصمين هدية حتى تنفذ خصومتهما، قال ابن القاص: وينبغي للقاضي على مذهب الشافعي أن يثيب على الهدايا، فإن لم يثب عليها ولم يرد صاحبها الثواب ففيها قولان:

أحدهما: ما قاله في أدب القاضي من جواز قبول الهدية إذا نفذت الخصومة، والآخر ما قاله في كتاب الصدقات: إنه إذا لم يثب على ذلك فهو حرام، انتهى.

وقال الدارمي بعد جزمه: بأنه إذا أهدى من لا حكومة له، ولم تجر عادته من قبل بالمهاداة بالتحريم، فإن قبل ما لم نأمره من غير الرشوة، فأثابه به، جاز، وإن لم يثبه قبل لبيت المال، وقول آخر: يملكه.

وقال ابن القطان ثالث: لا ينتقل كالرشوة، ويستحب وإن أثابه أن يجعله في بيت المال، وكذلك إن قلنا: يملكه، وإن لم يثب، انتهى.

والقول الثالث هو المختار والأحوط والأقيس عندي، وإن جرت عادة المهدي حال الولاية بالهدية قبلها ولا خصومة له، ولا أحس القاضي بأنه

....

مقدمة لخصومة ففي جواز قبولها خلاف المذهب المشهور، والمنصوص في «الأم»: الجواز.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لإطلاق الأحاديث.

قال الماوردي: ولجواز حذف المحاكمة، فيكون تسبب بالهدية إلى الممايلة، وقضية هذا الوجه والتوجيه: إنه لا يجوز للقاضي قبول الهدية بحال.

وقال ابن الرفعة: إنه الذي أورده الفوراني والمسعودي، واقتضى كلام الماوردي في «الأحكام» الجزم به، انتهى.

والذي قاله الفوراني فيما إذا كان من أهل ولايته لا مطلقًا، وإن كانت الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عنه، فسبق كلام الماوردي فيه، وذكر غيره الجواز.

ولفظ الشافعي كما قال ابن الصباغ: فإن أُهدي إليه في غير عمله كرهت له ذلك، فإن قبل جاز، فأجراه مجرى من جرت عادته بالهدية له، ومن أصحابنا من حرَّمه، وهذا الوجه حكاه جماعة، وكنت أود لو فرق بين مهد ومهد قبل الولاية وبعدها، وحسن أن يفصل في قبوله الهدية خارج عمله من غير أهل عمله إذا لم يحس بأن ذلك مقدمة لخصومة في عمله، كما قدمته، فيقال: إن كان الموضع بعيدًا من عمله جدًّا لا يتوقع مرافعة المهدى إليه، فلا حرج في القبول كالآحاد، وإن كان الموضع قريبًا من عمله ففيه نظر، ولا سيما من جرت عادتهم بالترافع إلى قاضي عمله، فالظاهر إذ هؤلاء بمنزلة أهل عمله.

تنبيهات وفروع مهمة: ويقع في بعضها تكرار لحاجة الإيضاح.

أحدها: إذا أهدى من له عادة بالمهاداة قبل الولاية والتفريع على الجواز حيث لا خصومة؛ ولأنها مقدمة لها، فقد قال الأصحاب: الأولى ألَّا تقبل حسمًا لمادة التهمة بكل حال، وفيه شيء قدمته بحثًا، وظاهر النص السابق: إنه يستحب ألَّا تقبل، وجرى عليه خلائق، وصرَّح بعض الأصحاب بكراهة القبول، وبه أجاب الْمحَامِلِيّ في «المقنع» ثم محل الجواز ما إذا أهدى مثل ما

....

كان قبل الولاية لا أكثر ولا أرفع منه جنسًا، كما صرَّح جماعة من الطريقتين، وإطلاق جماعة ينازع فيه، ولذلك حكى ابن شداد وغيره التفصيل عن بعض الأصحاب، والصحيح الأول، وعليه ينزل إطلاق المطلقين؛ لأن الزيادة هدية للولاية، نعم الجواز ظاهر على طريقة الإمام.

ثانيها: سبق عن «الحاوي» أن نزوله ضيفًا على أهل عمله كقبول هداياهم، وفي هذا الإطلاق نظر، وأن نزوله على غيرهم لا يكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيمًا، وقضية كلام غيره: إنه في غير عمله كالآحاد، نعم إن كان الموضع قريبًا من عمله، بحيث يترافع أهله إليه في العادة فحكمه ما أشرنا إليه، في هداياهم وإن كان نائبًا عنه فلا، وهذا حيث لا قرينة تشعر بأن ذلك لأجل الترافع إليه إذا رجع إلى عمله؛ لأن ذلك رشوة معجلة.

ثالثها: وقع في «الروضة» خلل لاختصاره من أصل سقيم، فقال: إن كان للمهدي خصومة في حال حرم قبول هديته في محل ولايته، وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عادته أن يهدي قبل الولاية، ولا يحرم قبولها على الصحيح، وعبارة الرافعي: فإن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته؛ لأنه يدعو إلى الميل إليه، وينكسر قبل خصمه، وإن لم تكن له خصومة، فإن لم يعهد منه الهدية قبل تولي القضاء حرم قبول هديته في محل ولايته، ووجهه ثم قال: وهديته في غير محل ولايته كهدية من عهد منه، الهدية قبل تولي القضاء.

رابعها: قال الرافعي: حيث حكمنا أن القبول ليس بحرام فله الأخذ والتملك والأولى أن يثيب عليها أو يضعها في بيت المال، وإذا قلنا بالتحريم، فلو قبل هل يملك؟ وجهان: أحدهما: نعم، وأشملهما: لا؛ لأنه قبول محرم، فلا يفيد الملك، انتهى.

وهذا ما نسبه الإمام إلى الأكثرين، لكنه فرض الكلام فيما إذا أهدى من له خصومة، ثم قال: ولو كان لا يهدي قديمًا وهو من أهل ولايته ولا خصومة له اشتدت الكراهة، والذي عليه الجريان: إنه لو قبل ملك، وقال القفال في

....

بعض طرقه: وساق ما قدمناه... إلى آخره، وتبعه في «البسيط» وهو جري منهما على جواز القبول ممن لا خصومة له، وإن لم تجر عادته بهدية قَبِل الولاية، والجمهور على عدم الملك إذا حكمنا بالتحريم.

قال ابن الرفعة: وفي «التهذيب» و«الكافي» حكاية الخلاف فيما إذا لم يثبه، أما لو أثابه ملكه، وسبق عن النص الذي رواه ابن القاص، إشارة إلى ذلك.

خامسها: قال الرافعي: وذكر العراقيون تفريعًا على تحريم القبول وجهين أو قولين فيما يصنع بها لو قيل: أحدهما: يضعها في بيت المال، والثاني: يردها إلى مالكها وهذا فيه اضطراب، والقياس ما حكاه أبو الفرج الزاز وهو أنه إذا لم يملك فيردها على مالكها فإن لم يعرفه وضعها في بيت المال، انتهى.

ويوافقه أن الماوردي أطلق في «الأحكام» تحريم قبول الهدية من أحد من أهل عمله فإن قبل وعجل المكافأة عليها ملكها، وإن لم يعجل المكافأة عليها كان بيت المال أحق بها إن تعذر ردها إلى المهدي، وهذا التفصيل هو القياس الظاهر وسبق رواية الدارمي من ثلاثة أقوال، والمذهب في «تعليق» البندنيجي وشيخه وظاهر المذهب في «البيان» كما سبق أنها تجعل في بيت المال.

وحكى هؤلاء الخلاف وجهين وخصهما في «الحاوي» بالهدية المبتدأة التي لا مقابل لها، وأما إذا وقعت قبل الحكم فهي رشوة فترد إلى مالكها، وإن وقعت بعد الحكم جزاء ردت إلى مهديها، أي: بلا خلاف وفي «روضة» شريح الروياني، وإن دفع إليه ليحكم له بحق على سبيل الإجارة لم تحل؛ لأن الحكم واجب عليه، وقيل: إن لم يكن له رزق حل، وإن كان مرتزقًا من الإمام فهل يملكه؟ فيه وجهان، فإن قلنا: يملكه، فهل يملك لنفسه أو يلزم وضعه في بيت المال؟ وجهان، وإذا قلنا: لا يملكه رد على الدافع، انتهى.

سادسها: قال الرافعي وإذا عرفت أن قبول الرشوة حرام مطلقًا، وقبول الهدية جائز في بعض الأحوال طلبت الفرق بينهما.

وقلت: باذل المال راضٍ فيهما جميعًا فبما يميز بينهما؟ والذي وجدته في

....

الفرق شيئين:

أحدهما: في كلام القاضي ابْن كَجٍّ أن الرشوة هي التي يشرط باذلها الحكم بغير الحق والامتناع من الحكم بالحق، والهدية هي العطية المطلقة.

والثاني: قال الغزالي في «الإحياء»: المال إما أن يبذل بغرض آجل فهو قربة وصدقة، أو لغرض عاجل وهو إما مال فهو هبة بشرط الثواب، أو توقع الثواب أو عمل، فإن كان ذلك العمل حرامًا أو واجبًا متعينًا فهو رشوة، وإن كان مباحًا فإجارة له وإما للتقريب والتودد إلى المُهدى إليه، وذلك إما أن يطلبه لنفسه فهو هدية، أو ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب أو الصلاح فهو هدية، وإن كان بالقضاء والعمل فرشوة، انتهى.

وسبق كلام الماوردي في تفسيرها وما زدناه.

سابعها: في الكلام على ألفاظ الكتاب.

قوله: فإن أهدى إليه من له خصومة لك أن تحمله ما إذا كان ذلك في مدة المخاصمة أو قبلها واستشعر القاضي أو علم أنها لأجل خصومة يحدثها بعدها كما بيناه.

وقوله: أو لم يهد قبل ولايته يشمل من هو من أهل عمله وغيره دخل بها أو يجهزها إليه ولم يكن له خصومة، وما إذا كان القاضي قد خرج من عمله فأهدى إليه من ليس هو من عمله شيئًا، والمنقول في هاتين الصورتين الأخيرتين الجواز، وتكلمنا عليه والظاهر أنه لو سمع رجل من بلد شائع بعلم فلان وصلاحه ولم يعلم بولايته القضاء فجهز له هدية لعلمه ودينه أن له قبولها قطعًا، ولا تكون من هدايا القضاء.

وقوله: وإن كان يهدي ولا خصومة له أي: في الحال أو قبله، وأهدى ليخاصم بعدها كما بيناه، وقضية إطلاقه جواز القبول قبل الخصومة وبعدها وفيما قبلها ما ذكرناه وحملنا كلامه عليه، وأما بعدها ففيه تفصيل الماوردي بين قصده الجزاء على الحكم أو الهدية، ومواضع الخلاف فيما جزم به تعرف مما أسلفناه.

....

فرع: قال الشافعي في «المختصر»: ولا ينبغي أن يضيف الخصم دون صاحبه.

قال الماوردي: إذا أمسى الخصمان عند القاضي، أو كانا غريبين لم يجز له أن يضيف أحدهما دون صاحبه، وذكر فيه حديثًا مرفوعًا، وقيل له: إما أن يضيفهما معًا أو يصرفهما معًا وتأول بعض أصحابنا قول الشافعي ولا يضيف أحد الخصمين دون صاحبه، أي: لا يقدمه عليه في مجلسه فيضيفه إلى نفسه بتقديمه وهذا تأويل بعيد؛ لخروجه عن حقيقة اللفظ إلى مجازه، انتهى.

وقال الإمام: كان الشيخ الحضرمي يقرأها ولا يضيف بفتح الياء يعني لا يكون القاضي ضيفًا لأحدهما، والجمهور قالوا: هي يضيف بضم الياء يعني يكون أحدهما ضيفًا للقاضي وهما في الحكم سواء.

وقال ابن أبي الدم: وقال الداركي: هذا إذا كانت دار الخصم بعيدة عن دار القاضي فإما إن كان أحد الخصمين جارًا للقاضي أو من أقاربه جاز للقاضي أن يدعوه إلى داره وضيافته؛ لأن فيه قضاء حق الجوار والقرابة فلا تهمة.

قال ابن أبي الدم: وهذا عندي على العكس مما ذكر، فإن التهمة تمكن من الجار والقريب أكثر من البعيد لقربهما من قلب الحاكم ومودته، فكلما قرب الخصم من الحاكم بجوار أو قربة كانت التهمة إثمًا، ثم يلزم على مساق ما ذكره، وجواز قبول هدية أحدهما إذا كان جارًا أو قريبًا ولا قابل به مع قيام الخصومة فما ذكرناه أولى، انتهى.

ولعل الداركي أراد أنه يجوز أن يدعو من ذكره إلى ضيافته ووليمته العامة الشاملة للأقارب والجيران لا أنه يتخذ ضيافة للخصم بمفرده، ويتميز الجار والقريب على غيره بدخوله في عموم دعوته للأقارب والجيران بخلاف من لم يتصف بواحد من الوضعين فلا تكون دعوته إلى هذه الوليمة العامة دون صاحبه دالة على الميل إليه.

واعلم أن الجمهور أطلقوا القول بأن له أن يضيفهما معًا، وهو قضية

....

النص، وهو قضية ما احتجوا به عن علي يرفعه: «**لا يضيف أحدكم أحد الخصمين إلا أن يكون صاحبه معه**»(١).

قال الرافعي: وعن أبي الحسين أن أبا إسحاق قال: لا يضيفهما معًا؛ لأنه قد يتوهم كل واحد منهما أن المقصود بالدعوة صاحبه وأنه تبع فينكسر قلبه، لكن هذا يشكل بسائر وجوه التسوية.

قلت: يشبه أن يكون موضع إطلاق الجمهور، وإشارة النصفي جواز ضيافتهما جميعًا فيما إذا استويا عنده من كل وجه أما لو كان لأحدهما خصومة أو كان معظمًا أو ذا سلطان أو جاهه وجاه خصمه بالضد من ذلك، ويعلم بالعادة أنه لو انفرد الخامل الوضيع لم يضيفه الحاكم ولا بالى به أنه يمتنع عليه ضيافتهما معًا لما فيه من انكسار قلب الخصم وقطعه وغيره بأن الضيافة لأجل خصمه لا غير، ولا سيما إذا صدر من في المجلس ووضعت له الفرش والوسائد وسيأتي ما يؤكد هذا إن شاء الله تعالى.

فَرْعٌ: قال الأصحاب: لا يجوز للقاضي أن يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتهما ولا وليمتهما؛ لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه فيميل قلبه إليه، وهل يأتي ما سبق عن الداركي هنا إذا اختص القاضي بجوار أو قرابة لأحدهما؟

فيه احتمال ولا سيما إذا كان إحالة ونحوه، وأما وليمة غيرهما ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب الإجابة إذا أوجبناها على غيره.

والثاني: لا يجوز أصلًا؛ لأنه أجير المسلمين ولا يدري متى يتحاكم إليه الخصمان.

والثالث: قال الرافعي: وهو ظاهر المذهب التوسط أنها لا تجب ولا تحرم، ولكنها مستحبة بشرط التعميم، فإن كثرت وقلعته عن الحكم ترك إجابة

---

(١) أخرجه إسحاق بن راهويه (١/ ٨٢، رقم ٣٢) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ١٣٥).

....

الكل ولا يخصص بعض الناس، نعم لو كان يخصص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمته قيض الشافعي فيما حكاه ابْن كَجٍّ أنه لا بأس بالاستمرار عليه، وحكى الماوردي في المسألة ثلاثة أوجه:

الوجوب والاستحباب والثالث: إن كان مرتزقًا لم يحضر؛ لأنه أجير المسلمين فلم يجز أن يفوت عليهم حقهم في زمانه، وإن كان متطوعًا غير مرتزق حضر وكان كغيره من الناس، وهكذا حكم الأئمة.

ثم على كل حال إذا حضر المرتزق فإن قل زمن حضوره كاليوم وما قاربه، أي: من الأسبوع لم يلزمه رد شيء من رزقه وإن طال، وأقل زمان طوله ثلاثة أيام رد من رزقه بقسط ما أخل من نظره، انتهى.

ومتى عملت للقاضي بخصوصه فهي كالهدية عند الأصحاب سواء كان لصاحبها خصومة أم لا.

وفي «التهذيب»: إنه يكره أن يجيب إلى دعوة خص بها القاضي أو الأغنياء، فإن دعا جيرانه وهو فيهم أو العلماء والقاضي منهم لم تكره الإجابة، وعلى ما ذكره اقتصر الشيخان مع أن ما ذكره الأصحاب في كلام الغزالي والإمام وهو ظاهر.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: إنه إذا دُعِي مع العامة لا تكره له الإجابة وكذلك إذا دعاه مع جيرانه، وإن دعاه مع السادة والمشايخ تكره الإجابة له؛ لأن الداعي ربما نظر أنه يتخذ عنده يدًا لجمعه بينه وبينهم فيطمع أن يميل فيما يرفع إليه من خصوماته.

قال ابن الرفعة: وما أطلقه من ذكر العامة لعله محمول على من ليس بسفلة منهم ولا من أراد لهم، فأما المتصفون بذلك فقدمنا في الوليمة أن أظهر الوجهين أنه لا يجب الإجابة في هذه الحالة بل ولا يستحب، وإذا كان كذلك فقد حضر إلى ما ليس بمطلوب للشارع فينبغي أن يمتنع منها، انتهى.

وأحسب مراد القاضي بالعامة عموم الناس لا أنه خص القاضي بها،

....

وسيأتي فيما إذا دُعِي مع السوقة كلام.

قال الرافعي: واعلم أن إجابة غير الوليمة من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأئمة ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضًا، وإن كان الاستحباب في الوليمة أكد، ومنهم من خصص الاستحباب بالوليمة ويحكى هذا عن ابن القاص، انتهى.

والذي رأيته في «أدب القضاء» له الاقتصار على الإجابة إلى الوليمة.

قال الشافعي: ليس له إلا أن يجيب كلًا أو يدع كلًا، ثم قال: والذي يجيء على مذهب الشافعي أنه لا يجيب في دعوة الخاص واحدًا من الخصمين حتى تنفذ الخصومة على ما قاله في «الهدية» انتهى.

وأما كون الإجابة إلى غير الوليمة من الدعوات مستحبة هو المشهور، وفيه خلاف ضعيف أشرت إليه في باب الوليمة فيما ذكره من استحباب حضور القاضي عند وليمة العرس نظر، فظاهر كلام الأكثرين أو كثيرين تخصيص الاستحباب في حقه بوليمة العرس نعم في «البسيط» و«النهاية» بعد الكلام على الوليمة وكل مائدة عامة يدخلها الفقراء والأغنياء فلا بأس بحضورها، والمحذور ظهور تخصيصه على الجملة.

وعبر لذلك ابن أبي الدم تقدم الكراهة، وذكر الدارمي نحوه.

قال الماوردي: وإذا دُعِي إلى وليمة فإن منع منها لم يحضر على الأحوال كلها، وإن أمر بالحضور وهو مختص بوليمة العرس دون غيرها، ثم فصل بين أن يقطعه عن الأحكام أو لا، فإن قطعته عذر وسألهم التحليل، وإن أجاب عم بالإجابة كل داعٍ، وإذا امتنع عم بالامتناع كل داعٍ.

قال: والأولى عندي في مثل هذا الزمان أن يعم بامتناعه جميع الناس؛ لأن السرائر قد خبثت والظنون قد تغيرت.

قال ابن شداد: هذا في زمانه فكيف اليوم؟ وفي «حلية» الروياني: والاختيار في زماننا ألا يجيب أحدًا ويعتذر، وألحق البغوي في «التأكيد» وليمة

....

الختان بوليمة العرس فقال: ولا يستحب للقاضي التخلف عن الولائم إذا دعي إليها خصوصًا وليمة العرس والختان.

وذكر في «البيان»: إنه إذا دُعِي إلى الوليمة فالمستحب أن يجيب، فإن كثرت عليه الدعوات إليها وكان ذلك يشغله عن الحكم لم يحضرها، والمستحب أن يعتذر إلى من دعاه ويعرفه اشتغاله بالحكم، ويسأله أن يحلله ولا يخص بالإجابة قومًا دون قوم.

قال الطبري: وقد قيل: إنها عند تساوي أحوال أصحاب الولائم أو تقارب أحوالهم في عملهم وفضلهم وصلاحهم، فأما من ليس في درجتهم من الفساق أو السوقة فلا بأس عليه ألا يجيبهم، وإن كان يجيب غيرهم والأول هو المشهور.

هذا ترتيب أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: إن دعاه الخصمان أو أحدهما إلى ضيافة لم يجب أو غيرهما، فإن دعاه إلى غير الوليمة لم يجب أو إلى الوليمة فإن كانت الدعوة جعلًا بأن فتح الباب لكل من أراد أن يدخل لم يجب وإن كانت الدعوة تقرأ بأن خص قومًا من أهل كل طائفة بأعيانهم لم يجب، وإن دعا طائفة واستوهبهم فإن كان الحاكم يجد من طبعه أنه يجيب غيره أجابه، وإن كان يجد من طبعه أنه لا يجيب غيره لم يجبه، انتهى.

وهذا من «الإبانة» بغالب لفظه ويخرج في «إجابة» القاضي الوليمة وغيرها من الضيافات وجوه، وفي المسألة خبط كبير أشرت إلى بعضه في «الغنية».

فَرْعٌ: أطلق شريح في «روضته» نقل وجهين في أن القاضي هل يجوز له أن يهادي بعض أهل عمله؟ ويشبه أن يكون محلهما فيما إذا لم يكن للمهدي إليه خصومة عنده، فإن كان فهو كضيافته له وأولى بالمنع؛ لأنه يفت عضد خصمه، فإن أهدى إليهما معًا وساوى بينهما ففيه نظر إذا كان أحدهما ممن لا يهادي القاضي مثله، وينبغي أن يفصل حيث لا خصومة على وجه المنع بين من جرت عادته قبل القضاء بمهاداته وغيره، ولا يخفى هنا اعتبار قدر العادة لظهور

....

الفرق، وهذا كله إذا لم يكن القصد استجلاب المكافأة، فإن كان فهي مصادرة محرمة ولا خفاء أن الخصمين لو كانا فقيرين فتصدق عليهما بشيء فحسن، ولا يبعد كراهة تخصيص أحدهما بالصدقة، وإذا لم يكن فيه معنى يقتضيه [إلا أن][(١)] يتصدق عليه بما يقضي به غريمه فذاك قربة.

فَرْعٌ: سألت القاضي الإمام السبكي - رَحِمَهُ اللَّهُ- قديمًا في الجلسات أنه لو كان القاضي فقيرًا يتصدق عليه بعض أهل عمله تطوعًا ولا حكومة له فهل تحل له قبولها لأنها ليست بهدية أم لا؟ نظرًا إلى المعنى وهو خوف الميل، وربما اتخذ ذلك وسيلة إلى الرشوة وهل يمكن تقريبه من الخلاف فيما لو تصدق على ولده بعين فهل له الرجوع فيها كالهبة؟ فأجاب رَحِمَهُ اللَّهُ: الذي يظهر في جواز ذلك وليس عندي فيه نقل، والأولى التنزه بقدر الإمكان، أما الجواز فلأن الصدقة يقصد بها وجه الله تعالى والمتصدق في الحقيقة مقرض له والفقير يأخذها من الله لا من المتصدق، والهدية يقصد بها التودد والميل، والميل هو المحذور في القاضي فافترقا وأطال القول في تقرير ذلك، ثم قال: ولو حرمنا عليه الصدقة حرمنا عليه الوقف؛ لأنه صدقة وأما الخلاف في رجوع الوالد في صدقته على ولده فقد يكون لهذا المعنى، وأن كونه تمليكًا لله تعالى يقتضي عدم الرجوع ويعلل الوجه الآخر بأن ذلك أمر تقديري لا تحقيقي، وكون الصدقة بقدر انتقال الملك فيها إلى الله ثم إلى الفقير بحث ابتكرته ليس عندي فيه نقل، انتهى.

وما ذكره في الوقف إن أراد به أن أحد رعيته غير ولده أو والده ينشئ عليه وقفًا فهو من مجال النظر.

فَرْعٌ: هل للقاضي أن يستعير من رعيته ممن لم تجز له عادة بالاستعارة منه قبل الولاية ما يمكنه الاستغناء عنه بشراء أو كري كالدار والدابة والملبوس ونحوها؟ لم أر فيه شيئًا والظاهر أن المنافع كالأعيان نعم لا بأس باستعارة كتب العلم ويتأكد التجنب مطلقًا حالة المحاكمة إليه، والله أعلم.

---

(١) في نسخة: (اللهم إلا أن).

....

فَرْعٌ: سبق أنه لو حين إنسان ولده وأولم فأهدى الناس إليه فهل تكون الهدية له أو لولده؟ فإن قلنا: الهدية للأب فحكمها هاهنا ما سبق، وإن قلنا: أنها للولد فهذا موضع نظر يحتمل أن يقال يجوز للقاضي قبولها له كغيره، ويحتمل أن يقال لا يجوز سدًا للباب، ويحتمل الفرق بين المهادي قبل الولاية وغيره، وموضع هذا التردد حيث لا خصومة للمهدي وإلا فهي رشوة في المعنى، وإن صرح بأنها للولد وسبق عن القاضي الحسين أنه لو وهب لطفل شيء لزم الولي قبوله له وتكلمنا عليه، وينبغي أن يكون هذا في غير القاضي وإلا فهو فتح باب للرشوة، وبلغنا أن غالب من يرتشي يقول هذا الشيء يرسم الولد أو نحوها من العبارات التي تقطع بأن حقائقها غير مرادة ﴿وَٱللَّهُ عَلِيمٌۢ بِذَاتِ ٱلصُّدُورِ﴾ [التغابن: ٤].

فَرْعٌ: قال الرافعي: للقاضي أن يعود المرضى ويشهد الجنائز ويزور القادمين لما فيها من البر والثواب، وإذا لم يمكنه الاستيعاب أتى ما يمكنه من كل نوع ويخص به من عرفه، وفرقوا بين إجابة الوليمة حيث يترك الكل إذا لم يمكنه الاستيعاب بما لا تسكن النفس إليه وهو أن أظهر الأغراض في إجابة الوليمة إكرام صاحبها فالتخصيص إيثار وميل وأظهر الأغراض في العبادة وما في معناها الثواب، فلا يترك المعذور منها كيلا يفوته الثواب، ولعدم اتضاح هذا الفرق ذهب القاضي أبو حامد فيما حكاه ابن المرزبان عنه سماعًا أنه كالإجابة إلى الوليمة إما أن يستوعب أو يترك، ولم يفرق الأكثرون في العيادة وشهود الجنازة بين المتخاصمين وبين سائر الناس وذلك مناسب لقولهم أن النظر فيها إلى الثواب دون الأشخاص، وفي «أمالي أبي الفرج»: إنه لا يعود الخصم إذا مرض ولا يزوره إذا قدم ولكن يشهد جنازته إذا مات، انتهى.

وجزم الماوردي: بأنه لا يأتي مقدم الغالب إذا كان له خصم؛ لأنه يضعف نفس خصمه بظهور الممايلة وكلام صاحب «التنبيه» يقتضي ذلك وهو المختار، وذكر الماوردي مع الفرق السابق فرقًا آخر وهو: أن في الولائم ظنه ليست في العبادة وشهود الجنائز.

وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ، ....

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: ولأن عيادة المرضى والجنائز تكثر، وفي حضور كلها مشقة شديدة وانقطاع عن ما عليه وفي ترك البعض تقريب الأجر بالكلية بخلاف الولائم فإنها قليلة، فالاستيعاب لا يقطعه ولأن ما لا يمكن استيعابه لا يكون تخصيص بعض فيه دون بعض مثلًا وتفصيلًا ألا ترى أنه لو أصلح هو دعوة كان له أن يدعو البعض ويدع البعض لعدم إمكان الاستيعاب، قال في «الشامل»: ويقدم فيها الأقرب فالأقرب، وقال ابن أبي الدم: ومما يدور في خلدي ولم أجده منقولًا أنه لو مرض أحد الخصمين هل يستحب له عيادته أو تكره أو تحرم أو مات أحدهما هل تشيع جنازته أما لو مات له حميم أو قريب أو ولد هل تشيع جنازته؟ هذا كله فيه تردد عندي والنظر فيه مجال، انتهى.

والفرق بين تشييع جنازة الخصم وقريبه ظاهر نعم لو فرق بين عيادة مريض وشهود مقدم غائب بين من سبق ذلك له من القاضي وبين غيره قبل الخصومة أو الولاية لكان متجهًا، كذا بين له حرمة رحم أو جوار وبين الأجنبي المحض الذي ليس له شيء مما ذكرنا، والله أعلم.

قال: (**وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ**) أي: للتهمة ولأن الشهادة لهم مردودة فالحكم أولى وليس من حكمه لنفسه تعزير من أساء الأدب عليه فيما يتعلق بأحكامه كقوله: حكمت علي ما يجوز ونحو ذلك كما سنوضحه إن شاء الله تعالى، واعلم أن الحكم للعبد القن إنما يتصور في القصاص على رأي أو في التعزير كما قاله جماعة، أما في المال فلا نعم إن كان مكاتبًا أو مبعضًا فيتصور منه الدعوى بالمال ولا خفاء في نفوذ حكمه على رفيقه.

فروع: إذا ولي وصي اليتيم القضاء، قال ابن الحداد: لا يقضي له كنفسه، وقال القفال: يقضي له كسائر الأيتام، وصححه الغزالي في «الوسيط» و«الوجيز» والهروي والرافعي، وقال ابن أبي الدم: إنه الصحيح عند متأخري الأصحاب وعليه العمل في الأمصار، وذكر شريح الروياني: إنه الصحيح.

قال: وإنما لا يجوز ذلك إذا كان وصيًا فدفع دينًا للصغير إلى أجنبي ثم ولي القضاء، انتهى.

وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وكأنه يريد أنه يحكم فيما كان دينًا لابنه كما صرح به الأصحاب دون ما ثبت بمعاملته هو بعد الوصاية، وفي «زوائد العمراني» أن ابن الصباغ نقل عن القاضي يعني أبا الطيب أن الصواب ما قاله ابن الحداد وبالغ في تقريره وتبعاه عليه، وقضية كلام «البسيط» و«الذخائر» تبعًا «للنهاية»: أنه المذهب خلافًا للقضاء، ويعضده قول الشافعي في «المختصر» وكل ما حكم به لنفسه وولده ووالده ومن لا يجوز شهادته له ردَّ حكمه، ولا شك أن الوصي لا تجوز شهادته للموصى عليه فيما وُصِّي فيه، وقال ابن أبي الدم: إن المشهور أنه لا يقضي له، وإن الصحيح عند المتأخرين الجواز هل يحكم لجهة وقف كل ناظرها الخاص قبل الولاية ولمدرسة هو مدرسها وما أشبه ذلك، والظاهر تفقهًا لا نقلًا المنع إذ هو الخصم وحاكم لنفسه وشريكه فإن كان متبرعًا بالنظر فكوصي اليتيم، وذكر شريح الروياني أنه لا يحكم في الغنيمة بالغلول إلا إذا عفا عن حقه وهو مؤيد لما أبديناه.

قال الماوردي: وأما حكمه على نفسه فمقبول، وهل يكون إقرارًا أو حكمًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون إقرارًا فعلى هذا يصح في كل ما يصح الإقرار به ويرد فيما لا يلزم بالإقرار كشفعة الجوار، إذا قال: حكمت بها على نفس للجار لزمته، وإذا حكم عليها بمقاسمة لأخوه للحد في الميراث وكان جدًا نفذ حكمه عليها، وإن كان أخًا لم ينفذ حكمه؛ لأنه حكم لها، انتهى.

قال: **(وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ)** لأنهم أبعاضه فأشبه قضائه لنفسه، وسواء سفلت الفروع وعلت الأصول أَم لا، وسواء الوارث وغيره هذا هو المذهب المنصوص والخلاف مفرع على الشهادة لهم، والجديد المشهور المنع، والقديم الجواز.

ونقل الرافعي هنا عن ابن القاص كلامًا وبينه وبين كلام ابن القاص مخالفة ظاهرة ذكرتها في «الغنية» واختلف كلام الماوردي في المسألة فقال قبيل كتاب الشهادات: إن حكمه لهم مردود في قول جميع الفقهاء خلافًا لأبي ثور قال:

....

وهو خطأ؛ لأن الحكم أغلظ من الشهادة وهو ممنوع منها لهم فكان أولى أن يمنع من الحكم، وقال قبيل كتاب قاضٍ إلى قاضٍ بأوراق: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع كالشهادة.

والثاني: الجواز؛ لأن طريق الحكم ظاهر وطريق الشهادة باطن فمنعت.

والثالث: يجوز أن يحكم لهم بالإقرار دون البينة لانتفاء التهمة عند الإقرار وقيامها مع البينة إذ قد يعدل من ليس بعدل، انتهى.

ونقل الإمام المنع عن الأصحاب، ثم قال: والأصح تفصيل فيقول: قضاؤه له بعلمه مردود، وإن جوزنا القضاء بالعلم، وأما إذا قضى له ببينة فوجهان.

قال ابن الرفعة: أصحهما كما قال عند الكلام في تزكية الولد للوالد أنه يقضي، انتهى لفظه فيما رأيته هناك، والأصح عندنا أنه يقضي بشهادة ابنه إذا عدله شاهدان كما يقضي لابنه على خصمه إذا أقام البينة، انتهى.

فروع: إذا قلنا بالمذهب أنه لا ينفذ حكمه لهم قال شريح: ينقض قولًا واحدًا، وقيل: لا ينقض لو رضي الخصم الأجنبي بمحاكمة بعضه إليه لوثوقه بدينه هل ينفذ حكمه عليه؟

لم أرَ فيه شيئًا ولكن إن رضيا به تحكيمًا فكتحكيم غيره، وإن رضيا به لكونه قاضيًا فالظاهر أنه لا ينفذ وقد يمنع نفوذ حكمه بالتحكيم؛ لأنه إذا لم ينفذ بالأقوى لم ينفذ بما دونه أو يبنى على اعتبار الرضا بعد الحكم كما مر إذا تحاكم إليه والده أو ولده ونحوهما ففي الحكم لأحدهما على الآخر وجهان محتملان في «الحاوي».

وبالمنع جزم البغوي وهو الظاهر عند الرافعي، وقال أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِقِيّ: الصحيح الجواز والتعليل الصحيح فيه أن يقال: استويا في مثله إلى كل منهما فهما كالأجنبيين في عدم الميل وتابعه تلميذه في «المرشد» و«التنبيه» و«الإشارة» وصححه في «الانتصار».

....

ولو سمع القاضي البينة وفوض القضاء إلى غيره فيه وجهان رواهما الإمام، ثم قال: والوجه عندنا أن يقال: لا يقبل تعديله البينة فيما يتعلق بولده، وكذلك إذا كان هو الناقل كذا ذكره ابن الرفعة.

وعبارة «البسيط» بعد إيراده الوجهين: قال الإمام: الوجه القطع بأن تعديله لا ينفذ وكذا إذا نقل بنفسه فلو نقل الشهادة شاهدان عدلان عن الأصلين فلا بأس إذ ذاك.

قال ابن الرفعة: وفي «تعليق» القاضي الحسين أن ظاهر ما ذكره في «المختصر» أنه تسمع منه الدعوى وتسمع البينة ولا يقضي له؛ لأنه قال رد حكمه فخص الحكم بالرد، ونص عليه فدل على أن ما عدا الحكم غير مردود.

وحكى مع ذلك احتمالًا للقفال في المنع فإن كان في «تعليق» القاضي التصريح بذكر القفال وإلا فابن الرفعة فهمه من قول المعلق.

قال الشيخ: وإنما يراد بذلك المعلق النقل عنه وكذا يقع في «التهذيب» وغيره، وعبارة إبراهيم المروزي بعد ذكره عن ظاهر النص ما سبق بنحو لفظه: وقال القاضي: لا تسمع البينة؛ لأن فائدة سماع البينة هو الحكم فإذا قطع بأنه لا ينفذ حكمه لم يكن لسماع البينة فائدة، انتهى.

لك أن تأخذ من قصر المصنف وغيره منع الحكم لمن ذكره جوازه لأخوته وجميع من عدا أصوله وفروعه من زوجة وعتيق، والظاهر أن حكمه لهم مبني على قبول شهادته لهم حالة الحكم، وكذلك مورثه على ما يأتي بيانه من خلاف ووفاق فحيث امتنعت الشهادة امتنع الحكم بطريق الأولى وحيث جازت جاز، ولم أر فيه تصريحًا وفي «تعليق» إبراهيم المروزي ما يقتضيه ونحوه قول الصيمري وغيره وأي قاضٍ قضى لمن لا يصح أن يشهد له كان حكمه باطلًا، قال الرافعي: يجوز أن يقضي القاضي على أصوله وفروعه.

وفصل في «التهذيب» فقال: يجوز أن يحلف القاضي ابنه على نفي ما يدعى عليه؛ لأنه قطع للخصومة وليس حكمًا [له] ويجوز أن يسمع بينة المدعي

....

على ابنه، ولا يجوز أن يسمع بينة الدفع من ابنه.

وفي «تعليق البغوي»: ويجوز للقاضي أن يقضي على ولده على ظاهر المذهب كما تقبل شهادته عليه إلى آخر ما تقدم، وصرح هو وصاحب «الكافي» بأن بينة الدفع يسمعها خليفته.

وفي «تعليق» القاضي إبراهيم المروزي: إن له تحليفه وإن كان فيه تفريع ذمته زاد إبراهيم: إذ لا تهمة فيه، وقال القاضي أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِقِيّ: ولا يجوز أن يحكم عليهم؛ لأنه متهم أيضًا في التخفيف عنهم؛ ولأنه ممنوع من الحكم له، وإذا كانت الدعوى عليه ابتداء لم يؤمن أن يبطلها ويدفعها فمنع من الجميع سواء كان يدعي حقًا لنفسه أو يدعي عليه غيره، انتهى.

فإن أراد أنه لا ينفذ حكمه عليهم فقد أبعد، وقال صاحبه في «الانتصار»: ولو تحاكم إليه ولده وأجنبي فحكم على ولده نفذ حكمه عليه وجهًا واحدًا لانتفاء التهمة في الحكم عليه كالشهادة عليه، انتهى.

وينبغي أن ينفذ قضاؤه عليهم بعلمه قطعًا لانتفاء التهمة بخلاف العكس قطعًا كما مر جوابه.

فَرْعٌ: قال إبراهيم المروزي: كل من لا تقبل شهادة القاضي له لا ينفذ قضاؤه له، ومن لا تقبل شهادته عليه لم ينفذ قضاؤه عليه كالعدو، انتهى.

والمذهب المشهور أنه لا ينفذ حكمه على عدوه، وإذا حكم له نفذ حكمه كما حكاه القاضي الحسين وإبراهيم المروزي والغزالي وغيرهم وفي «الحاوي» عند الكلام في التحكيم: إن في نفوذ حكمه عليه **ثلاثة أوجه**:

أحدها: لا يجوز أن يحكم عليه لا بالقضاء ولا بالتحكيم كالشهادة.

والثاني: يجوز بهما بخلاف الشهادة، وفرق بأن أسباب الحكم ظاهر، وبهذا أجاب في أحكامه السلطانية.

والثالث: يجوز بالتحكيم دون القضاء، انتهى.

ويجيء هنا وجه أنه يحكم عليه بإقراره دون البينة خشية تساهله فيها بخلاف

وَيْحُكُمْ لَهُ وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ، وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ.
وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِيَ أَنْ ....

الإقرار ولا يتصور خلاف في نفوذ قضائه عليه بعلمه وإن جوزنا القضاء به.

وذكر في «الحاوي» عقب ذكره الأوجه السابقة في حكمه لوالديه ومولديه: إنه يجوز أن يحكم لعدوه على عدوه وجهًا واحدًا وأن لم يجز أن يشهد عليه بخلاف الوالدين والمولودين وفرق بوجهين:

أحدهما: إن أسباب العداوة طارئة تزول بعد وجودها وتحدث بعد عدمها، وأسباب الأنساب لازمة لا تزول فغلظت هذه وخفت تلك.

والثاني: إن الأنساب محصورة متعينة والعداوة منتشرة مشتبهة يفضي ترك الحكم معها لامتناع كل مطلوب بما يدعيه من العداوة هذا لفظه.

ونقل ابن الرفعة ذلك عنه في حكمه على عدوه مطلقًا كما هو الوجه الثاني في كلامه المتقدم، والذي في نسخ «الحاوي» على كثرتها ما ذكرته.

وكذلك حُكِيَ ذلك عنه وهذه صورة أخرى غير ذات الأوجه وفي هذه نظر أن يكون المحكوم عليه أشد عداوة وضررًا من المحكوم له بأضعاف، والتهمة قائمة فالوجه سد الباب كما اقتضاه إطلاق الجمهور والله أعلم.

قال: (**وَيْحُكُمْ لَهُ**)، أي: للقاضي (**وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ**)، أي: مستقل أجنبي لانتفاء التهمة.

(**وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنه حاكم فأشبه سائر الحكام هذا هو المشهور وقطع به قاطعون، والثاني: لا للتهمة، وهذا ما رجحه الشاشي وغيره فيما إذا كان الحكم بين القاضي نفسه وبين غيره.

قال الرافعي: وبنوا هذا الخلاف على أن نائب الحاكم هل ينعزل بموته وانعزاله؟ انتهى.

وقضية البناء أن يكون الأصح المنع وبه قال الشاشي وغيره وهذا البناء ذكره الغزالي ولم يتعرض له كثيرون، والمأخذ عندهم التهمة بالمماثلة.

قال: (**وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِيَ أَنْ**

يُشْهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوْ، الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزِمَهُ.

أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجِلًّا بِمَا حَكَمَ أُسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ، وَقِيلَ: تَجِبُ، وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيوَانِ الْحُكْمِ.

يُشْهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوْ، الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزِمَهُ) لأنه قد ينكر من بعد فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إذا قلنا: لا يقضي بعلمه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه فقد ينسى أو يعزل فلا يقبل قوله فيضيع حق المدعي؛ ولأن في الإشهاد تعديلًا وإثباتًا لحقه وإلزامًا لخصمه.

قال في «الشامل» وغيره: وإذا طلب الحق أن يحكم له بما يثبت لزمه أن يحكم فيقول: حكمت له به، أو: أنفذت الحكم به، أو: ألزمت صاحبه الحق، أي: ونحو ذلك ولو أقام المدعي بينة بما ادعاه، وسأل القاضي الإشهاد عليه فهل يلزمه؟ وجهان أقر بهما في الرافعي وأصحهما في «الروضة» نعم، والثاني: لا؛ لأن له بينة فلا حاجة إلى بينة أخرى، ولو أنكر المدعى عليه وحلف وسأل القاضي الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى، فلذلك يجيبه إليه هذه عبارة الرافعي وعبارة «الروضة»: لزمه إجابته وهذا منهما يقتضي انقطاع المطالبة عنه بيمينه أو يفهمه وليس على إطلاقه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: **(أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجِلًّا بِمَا حَكَمَ اسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ)**؛ لأن الحق يثبت بالمشهود لا بالكتاب.

(وَقِيلَ: تَجِبُ، وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيوَانِ الْحُكْمِ)، أي: توثيقًا لحقه كما يجب الإشهاد وجعل الشيخان محل الوجهين فيما إذا كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتى به الطالب، فإن لم يكن ولم يأتِ به الطالب لم يلزمه إجابته، وسيأتي فيه خلاف ضعيف أنه يلزم القاضي القرطاس من ماله.

قال الرافعي: وحكى ابن كَجٍّ وجهًا ثالثًا أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل والوقوف وأمال المصالح، ولا يجب في الديون الحالة والحقوق الخاصة، انتهى.

....

وحاصل «الحاوي» على ما ذكره ابن الرفعة: إنه ينظر فإن كان دينًا يستوفى عاجلًا لم يلزمه، وإن كان في دين مؤجل أو في ملك متأبد، فإن كان في صورة يجب على الحاكم الإشهاد عليه فيها جزمًا، كما إذا ثبت الحق عنده بإقرار الخصم، وقلنا له: القضاء بعلمه أم لا، كما قاله البندنيجي أو ثبت بنكول الخصم، وحلف المدعي عليه، فوجهان: أصحهما: في «تعليق» القاضي الحسين وتعليقه وغيره يجب؛ كالإشهاد، وإن كان في صورة الخصم وحلف المدعي فوجهان: أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين قد اختلف في وجوب الإشهاد وهي ما إذا ثبت الحق بشهادة عدلين، فإن لم يوجب الإشهاد لوجود البينة فكتابة المحضر أولى، وإن أوجبناه، ففي إيجاب كتب المحضر الوجهان.

وعن ابن جرير الطبري: إنه لا يكتب المحضر إذا لم يعرف الخصمين حتى لا يصير محضره الذي ثبت له حجة على من يكون باسمهما ونسبهما.

قال القاضيان أبو الطيب والروياني: وهذا غلط؛ لأنهما إذا لم يكونا معروفين بعينهما فإنه يذكر حليتهما، ولا يجوز له ترك ذلك، والمعول عليه الحلية فصار بمنزلة معرفة العين.

ونسب الإمام ما حكي عن ابن جرير إلى ابن خيران، وقال: إنه ليس بشيء، ونسبه القاضي الحسين إلى الإصطخري، وإنه قال: إذا أقر المجهول عنده لم يقبل إقراره؛ لأني لو قبلت ذلك لا آمن أن يكون واطأه المدعي حتى يقر له ويستعير اسم إنسان فيسمي به نفسه، فإذا مات ادعى على ورثته ولا ينفع القاضي كتب الحلي؛ لأن المستعار اسمه قد مات وهو يدعي على ورثته، ثم قال: وهذا غلط؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام فإنه لا يعرف جميع الخصوم، انتهى.

ولا أحسب أن الإصطخري أراد أنه لا يقبل إقرار المجهول بحال، بل في المثال الذي ذكره ونحوه من التسجيل بالحقوق المؤخرة الاستيفاء، ولا شك أنه لا يقضي بالحلية بعد الموت والدفن، وسيأتي في آخر الفصل في هذا مزيد كلام وبحث.

....

وقال شريح الروياني: إذا حكم فهل يلزمه أن يسجل له كتابًا ويبدل فيه خطه ويكتب شهادة الشهود على حكمه؟ فيه وجهان.

وقال ابن سريج في قضيته مع علي بن الحسين الوزير: لا يلزمه أن يكتب، وإن كان بالعقار فعلى الوجهين، وإن كان للصبي والمجنون أو عليهما لزم، وقيل: إن كان حكمًا مشهورًا ظاهرًا يؤمن نسيانه لم يلزم التسجيل به، وإن كان لا يؤمن نسيانه لزم، وأما الإشهاد على الحكم فقيل: يجب، قولًا واحدًا، وقيل: هو على الخلاف كالتسجيل، وإذا أوجبناه فأشهد فاسقين لم يخرج على الواجب في أظهر الوجهين وأصلهما الوجهان فيما إذا طولب الفاسق بأداء شهادة عنده هل يلزمه الإجابة، انتهى ويخرج من كلامه وجوه وفوائد.

وقال الماوردي في باب ما على القاضي في الخصوم: إذا لم يسألا القاضي الكتب ندب القاضي إلى إثبات محاكمتهما في ديوانه مشروحة بما انفصلت عليه من إلزام أو إسقاط احتياطًا لهما، ووجوب ذلك معتبر بالحكم، فإن كان مما استوفي وقبض لم يجب عليه إثباته وكان بإثباته مستظهرًا، وإن كان فيما لم يقبض ولم يستوفَ، فإن كانت الحالة مشهورة ولا ينسى مثلها لم يجب إثباتها، وإن جاز أن ينسى مثلها وجب عليه إثباتها ليذكر بخطه ما حكم وألزم؛ لأنه كفيل بحفظ الحقوق على أهلها فالتزم بذلك ما يؤول حفظها، انتهى.

وهذا التفصيل حكاه شريح وجهًا في التسجيل للخصم، والظاهر أن هذا الذي قاله الماوردي فيما خطر لا في كل شيء لما فيه من المشقة ويحتمل أن يقال: إن تعلقت الخصومة والحكم بغائب وجب عليه التسجيل حفظًا لحقه وإن لم يسأل فيه كما تقدم في حق الصبي ونحوه، ثم رأيت الديلمي قال: السجلات على ثلاث مراتب:

إحداها: لا يحتاج إليها وهو أن يدعي معينًا كثوب أو طعام وما أشبهه.

والثانية: واجب أن يكتب السجل أو حتى مثل أموال الأوقاف واليتامى وما أشبه ذلك.

....

والثالثة: حكم بين نفسين في دار أو عقار فهل يجب أن يكتب السجل أو حتى نطلب المحكوم له ذلك فعلى وجهين:

أحدهما: يكتب؛ لأن ذلك من تمام الحكومة، والثاني: لا يجب حتى يسأله المحكوم له، انتهى.

فروع وتتمات:

أحدها: قال الرافعي وسواء أوجبنا الكتابة أو استحببناها فيحتاج إلى بيان المكتوب وإلى بيان أنه كيف يضبط ويحفظ، فالمكتوب محضر وسجل وذكر صورتهما وما بينهما من الفرق، والحاصل أن:

السجل: ما يشتمل على الحكم.

والمحضر: هو الذي فيه ذكر ما جرى من غير حكم.

ثم قال: وأما أنه كيف يضبط ويحفظ فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر والسجلات على نسختين يدفع منهما واحدة إلى صاحب الحق غير مختومة، أي: لينظر فيها ويعرضها على الشهود في الأوقات؛ لئلا ينسوا ويحفظ الأخرى بديوان القضاء ويختمها ويكتب على رأسها اسم الخصمين ويضعها في حرز له وقِمَطْرٍ وهو السقط الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم ختمه بنفسه أو ختمه أمين له بمرأى منه وأمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي أسبوع فإن كثرت جعلها في إصارة أي: بكسر الهمزة وهي الحزمة ويكتب عليها خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا وسجلاتها وعزلها، وإن لم تكثر تركها حتى يمضي شهر ثم يعزلها، فإذا مضت سنة جمعها وكتب عليها كتب سنة كذا وذلك ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة وليجعلها في موضع لا يصل إليه غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى الأخذ بنفسه ونظر أولًا إلى ختمه وعلاماته، انتهى.

وهذا من المهمات وقد اتفق عليه الأصحاب وقد أهمله قضاة العصر أو

....

غالبهم، وهو فيه أكد لغلبة الفساد فيه والتزوير، فإذا علم المفسد أن القاضي معين بذلك وأن في ديوان الحكم بما جرى نسخة أحجم عن التزوير والتغيير.

الثاني: قال الديلمي: ويجب أن يطالع القاضي ما كتب من النسخة التي في قطره؛ لئلا يقع لها نسيانًا، انتهى.

والظاهر أنه أراد ونحب بالنون والحاء لا الوجوب بالياء والجيم.

قال شريح الروياني: إن كان الشهود معروفين فذاك وإلا كتب حلاهم وأسماءهم وأنسابهم ورفع فيها، وإن كانوا مَوَالِيًا كتب أسامي المعتقين ويكتب صنائعهم وحرفهم، وما شهدوا به ومن شهدوا له وعليه، ويكتب سوقهم ومشاهدهم ومحالهم، وهل يلزم ذلك عند سؤال الشهود عليه أو يبتدئ الحاكم به من غير سؤال؟ فيه وجهان.

الثالث: قال الشافعي والأصحاب: ينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئًا برسم القراطيس التي تكتب فيها الحكومات والمحاضر والسجلات، فإن لم يكن أو احتج إليه لما هو أهم قلت: أو حالت الظلمة دونه فإن أبى الخصم توزيعه يكتب فيها خصومته وشهادة الشهود وأجرة الكاتب فذاك وإلا لم يجبر عليه، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى بالكتابة فقد نسي شهادة الشهود وحكم نفسه.

وأشار القاضي الحسين: إنا إذا أوجبنا الكتابة ولم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال ولا أحضره الطالب أنه يجب من مال القاضي على وجه، ثم قال: والصحيح أنه لا يجب على القاضي شيء من ماله، انتهى.

وكان محل هذا الوجه على سدوده ما إذا كان للقاضي رزق من بيت المال، وكان فيه ما يسع ذلك.

الرابع: قال القاضي أبو سعد الهروي: إن أخذ الأجرة على التسجيل ينبني على الخلاف في وجوبه إذا طلب صاحب الحق، وقد أطلق في بعض المسودات القول بجواز استئجار القاضي للتسجيل، وهو ينطبق على منع الوجوب الذي هو

....

أظهر الوجهين، وكذلك استئجار المفتي أن يكتب على الفتوى.

قلت: وعلى ما جزم به شريح من وجوب التسجيل إذا تعلقت الحكومة بصبي ونحوه لا يجوز له أخذ الأجرة وهو ظاهر إذا كان القاضي هو الناظر في أمره دون ولي وصبي خاص، أما لو كان له ولي خاص فلا يظهر الفرق بينهم وبين غيرهم، وكذا ينبغي أن يقال في كتب الأوقاف الخاصة والعامة، فيقال: إن كان مرجعها إليه بالولاية العامة وجب عليه تسجيلها مجانًا؛ لأنه من جملة قضايا الولاية وهذا ظاهر في المرتزق من بيت المال، وأما غيره وهو محتاج إلى الكفاية فمنعه الأجرة بعيد، وأما الوقف على معينين له ناظر خاص فيشبه أن يكون كما مر في كتب الأملاك، وحيث جوزنا له أخذ الأجرة فيجب ألا يزد على أجرة المثل كما سبق، وأنه لا بد من إعلامه هو أو أمينه من يكتب له قبل الكتابة أنه إنما يكتب له بأجرة المثل ويرضى بذلك، وإلا فهو كمن عمل لغيره عملًا كما مر ولا أجرة له على الصحيح، وأما ما يصنعه بعض قضاة السوء من أخذ أضعاف أجرة المثل أو طلب ذلك، وألجأ صاحب الكتاب في المعنى إلى بذل ذلك فحرام قطعًا شبيه بالمكس إذ لا يمكن غيره من كتابته ولا يكتبه وثبته إلا أن يبذل له بالقيمة من السحت، ويصنعون ذلك في كتب الأيتام والأوقاف، والظاهر من أحوالهم استحلال ذلك لا عن عقل ولا نقل فإنا لله وإنا إليه راجعون.

الخامس: قال شريح في باب حين الحكم: قال في «الأم»: إذا كان الأمر بينًا عند الحاكم فيجب أن يأمر المتخاصمين بأن يتصالحا ويستحلل في تأخير الحكم يومًا ويومين، فإن لم يحللاه لم يجز تأخير الحكم، وإن كان الأمر مشكلًا لم يجز أن يحكم حتى يبلغ الغاية في البيان طال أو قصر، والحكم قبل البيان ظلم، وترك الحكم بعد البيان ظلم، فظاهره أنه إذا تبين له الحق لا يجوز له تأخير الحكم فيما هو ظاهر إلا برضاهما.

وقد قيل: يجوز له تأخيره يومًا ويومين وأكثره ثلاثةً للاحتياط، فربما يأتي المدعى عليه بدفع، وقيل: وإن ثبت الحق لا يبادر إلى إمضاء الحكم، لكن يؤجل ثلاثةً أو ثلاثة مجالس على ما يراه، وقيل: لا يفعل ذلك إلا إذا سأله

....

المدعى عليه؛ لأن النفع فيه يعود إليه.

قال ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ: ولا يقدم الحكم بالشفاعات ولا يؤخر لأجلها ومن فعل ذلك حق أن يستوجب عذابًا شديدًا.

قال: وأحب[١] للحاكم أن يصلي ركعتين ويستخير الله تعالى فيه، قال: ويستكشف إذا أراد الحكم غاية الاستكشاف ويستعمل الاستقصاء والاحتياط ولا يترك موضعًا يعرف به ما هو حق أو باطل إلا وقف منه على حقيقة الحال ويتصور الأمر فيه، والله أعلم، انتهى.

وفي «البيان» بعد إيراده النص في التحليل منهما: هكذا ذكره ابن الصباغ والذي يقتضي المذهب أن التحليل بتأخير الحكم إنما يطلب من المحكوم له وكذلك وجوب الحكم إنما يتوجه طلبه من المحكوم له دون المحكوم عليه؛ لأن الحق في الحكم للمحكوم له دون المحكوم عليه، انتهى.

وقد يريد المحكوم عليه فصل الحكومة في الحال ليتخلص أو ليسافر وغير ذلك من المقاصد فلا يؤجره إلا برضاه، وإن كان ما أبداه هو الغالب وقوعًا ومحل الفرع باب الدعوى ولكنه ذكر هاهنا.

السادس: قال شريح في باب إلزام القاضي: إذا أقر بين يدي القاضي فقال القاضي: ألزمتك موجب إقرارك فقد قيل: لا معنى لذلك؛ لأن الحق قد كان واجبًا قبل الإقرار وصح وجوبه بالإقرار فلا معنى للإلزام، وقد قيل: فيه فائدة فإن الإقرار قد يكون مختلفًا في صحته فإذا ألزمه كان حكمًا بصحته حتى لو ادعى أن الإقرار يلجئه، وزور، يعني: إكراهًا لم يسمع بعد الإلزام ولم يسمع البينة لو أقامها، وإن قلنا: لا معنى للإلزام سمعت وإذا قلنا بصحة الإلزام فلو ألزم بعد يمينه المقر كان كالحكم على الغائب، انتهى.

وفيما انتهى وفيما ذكر من أنه لا تسمع دعوى الإكراه بعد إلزام الحاكم بالإقرار نظر للمتأمل.

---

(١) في نسخة: (وأوجب).

....

السابع: قال شريح في باب ما يكون حكمًا: إنه إن قال القاضي حكمت بكذا، كان حكمًا، وقوله: قضيت، في أظهر القولين، وفي قوله ثبت عندي أو صح عندي، وجهان قال أبو بكر: هو حكم، انتهى.

ولعل المراد بأبي بكر القفال المروزي أو الصيدلاني.

وقال الهروي: إذا قال بعد تعديل البينة: ثبت هذا عندي بالبينة العادلة، أو: صح، قيل: إنه حكم؛ لأن البينة العادلة توجب الحكم بها، والمذهب أنه عبارة عن قبول البينة فإنه لا بد من قبولها لتصير شهادة وبينة ثم بعد مصيرها شهادة وبينة بالقبول لا بد من الحكم بها بعد ذلك، انتهى.

وهذا ما اقتضاه كلام الرافعي وغيره الجزم به وهو قضية كلام المصنف هنا أيضًا.

وقالا بعد هذا: لو قال: ثبت عندي كذا بالبينة العادلة، أو صح فهل هو حكم؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لأنه قد يراد قبول الشهادة واقتضاء البينة صحة الدعوى نصًا لقوله: سمعت البينة وقبلتها؛ ولأن الحكم هو الإلزام والثبوت ليس بإلزام، وأما ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو: «صح ورود هذا الكتاب عليَّ فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه» فليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة هذا لفظ «الروضة».

وقال ابن أبي الدم: إذا ثبت الحق بشهادة عدلين ولم يقل: حكمت ولا ألزمت فهل مجرد قوله: ثبت الحق عندي حكم منه حتى لا يفتقر بعده إلى قوله: حكمت أو ألزمت أو ما يقوم مقامهما؟ فيه وجهان مشهوران أصحهما أنه ليس بحكم صرح به هكذا الماوردي، وأشار إليهما القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر والشيخ أبو إسحق من العراقيين، والقاضي الحسين والشيخ أَبُو عَلِيٍّ والإمام من المراوزة، ثم حكى الوجه القائل بأنه حكم عن الشيخ أبي حامد واختيار ابن أبي عصرون.

قال: والمختار أنه ليس بحكم وهو ما عليه أكثر الأصحاب، ونقله في

....

«البحر» عن نصه في «الأم» فاعلمه.

قال: ويبنى على هذا الخلاف رجوع الحاكم وتغريم الشاهد إذا رجع واليمين المستحقة للحكم على الميت والغائب على أحد القولين، وحضور شاهد الأصل من الغيبة وبرؤه من المرض، أي: وغير ذلك فإن قلنا: الثبوت ليس بحكم، كان للحاكم التوقف في الحكم إذا رابه أمر، ولو رجع الشاهد بعد الثبوت وقبل الحكم لا يغرم على أحد القولين، ولو حضر شاهد الأصل أو برأ بعد أداء شهود الفرع وقبل الحكم لم يعمل شهادتهم، بل يجب على شاهد الأصل أداء الشهادة ليعمل بها، انتهى.

وربما نعيد في هذا كلامًا من بعد إن شاء الله خاتمة ضمنها.

تنبيهات تتعلق بالمحاضر والسجلات: إذا عرف الحاكم الخصم ونسبه رفع في نسبه ما يميزه عن غيره ويكتب حليته استحبابًا وإلا كتب كما قال القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ والإمام وغيرهم: حضر فلان إلى آخره من ذكر أنه فلان ابن فلان الفلاني، وكتب الحلية هنا واجب كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره وجرى عليه الرافعي، وادعى على فلان ابن فلان الفلاني، ويرفع في نسبه ويذكر حليته استحبابًا إن كان معروف النسب وإلا فيذكرها وجوبًا؛ لأن المقول عليها هكذا ذكره الرافعي وابن الرفعة، وسيأتي في الشهادات ما قد يوجب التوقف في التعويل عليها أو يوجبه.

ثم رأيت ابن أبي الدم قال: إن عرف الحاكم الخصمين اسمًا ونسبًا فذاك وإلا فهو محل النظر والإشكال.

قال القاضي أبو الطيب وتلميذه أبو نصر وغيرهما: إذا سأل الحاكم كتبة المحضر كيف حضر رجل ذكر أنه فلان بن فلان ومن حليته كيت وكيت، وأحضر رجلًا ذكر أنه فلان بن فلان ومن حليته كيت وكيت، فادعى عليه فأنكر فطلب إحلافه فأحلفه أو فأقر أو فنكل ورد اليمين على المدعي فحلف بإحلافي، قالوا: ثم إذا طلب الحالف من الحاكم التسجيل له بذلك والحكم له

....

أجابه إليه، وحكم هذا ملخص ما ذكروه وفي النفس منه شيء ظاهر وذلك أن عقد هذا المحضر وحكم الحاكم له عليه إذا لم يعرفهما هذا الحاكم إن كان الغرض منه تذكر الواقعة عند حضورهما والعلم بأنهما اللذان تداعيا أولًا وجرى بينهما ما شرح في المحضر ليعمل هو بما جرى عنده إذا حضرا لديه بعلم علمه بما كان حرًا عنده، فهذا غرض صحيح وطريق سائغ ومقصد حسن، وإن كان الغرض من عقد هذا المحضر وتسجيله على الحاكم بالحكم على حلية من لا يعرفه لمن لا يعرفه المكاتبة بذلك إلى بلد آخر إذا غاب الحالف المدعي مثلًا إليه ليستفيد به أنه إذا أحضره المدعي المستحلف إلى حاكم البلدة الثانية وادعى عليه بذلك المدعي به في البلدة الأولى عند حاكمها وأنكر وطلب إحلافه فحلف أن يذكر لحاكم البلدة الثانية أن معه محضرًا من حاكم البلدة الأولى يتضمن تداعيهما وإنكاره واستحلافه على نفي الدعوى، وحكم الحاكم الأول بذلك ويقيم بينة تشهد على الحاكم الأول بذلك ليقابل الحاكم الثاني بين صفات المتداعيين المذكورة في المحضر وبين صفاتهما المشاهدة ويعمل بها إن أنكر المدعى عليه وادعى أن لهما مثلًا قابلًا لشياههما الموصوفات في المحضر، فالعمل في هذا على الحلي، والصفات في غاية الإشكال، وأشكل منه ما لو كان المدعى عليه المجهول المحلى في المحضر قد اعترف بالدين المدعى به عند الحاكم فكتب للمدعي محضرًا بما جرى بينهما واعتراف المدعى عليه وحكم عليه على حليته في سجل عقده المدعى وأشهد عليه بذلك، فلو غاب المقر المحكوم عليه إلى بلد فظفر به المحكوم له بها فادعى عليه عند حاكمها بذلك الدين فأنكره فأحلفه الحاكم، وطلب المدعي فأحضر المدعي المحضر وبينة شهدت عنده على الحاكم الأول باعتراف رجل من حليته كيت وكيت ذكر أن اسمه فلان بن فلان فلو قال هذا المدعى عليه كتب المقر المحلى في هذا الكتاب والصفات تتشابه أو قال: أنا المقر ولكن لرجل آخر غير هذا المدعي، أو لم أذكر أن اسمي واسم أبي ما ذكر في هذا المحضر، فالذي يفعله هذا الحاكم بعد قيام البينة على الحاكم الأول بما في

....

محضره، وسجله لا سبيل إلى إلزام الخصم مع إنكاره وحلفه وعدم بينة تشهد على يمينه بإقرار المشاهدة في حلفه المدعى عليه لأنه يقول أنا مظلوم دعوى هذا علي وليس له علي حق والحلى تشابه وقد حلفت على عدم استحقاقه فلا يجوز إلزامي مشقة السفر والتعطيل عن المعيشة إلى حاكم بلده أنا مدع أني لم أحضر عنده ولا أقررت بشيء فالحرية تأبى هذا التكليف فهذا منه كلام سائغ وإلزامه العود إلى الحاكم الأول في غاية البعد وربما لم يذهب إليه ذاهب، وهذا كله بخلاف ما إذا ثبت عند حاكم ملكية زيد لعبد أو بتهمة موصوفة بصفات مشاهدة قائمة به إشهاد حاكم بلد المدعي أن زيدًا مالكًا لعبد من صفته كيت وكيت، وقوبلت تلك الصفات بصفات العبد المشار إليه فوافقت ألزم في يده العبد إذا أنكر استحقاق مدعيه الأول له حمله إلى حاكم بلد زيد مدعيه حتى إذا حضر عنده أشار الشهود الذين يعلمون بذلك وشهدوا عند الحاكم بأن هذا العبد ملك زيد وأنه هو الذي شهدوا على صفاته بأنه ملك زيد، والفرق بين المدعى عليه أولًا وبين المدعى به إذا كان عبدًا من وجهين:

أحدهما: أن العبد ملحق بالأموال في غالب الأشياء فألحق بالبهيمة؛ لكثرة تبدل الأيادي والأملاك عليه بالبيع والشراء والهبات بخلاف الحر المدعى عليه.

والفرق الثاني: أن المدعى عليه يمكن في الغالب معرفة نسبه بالاستخبار عنه والاستفاضة السابقة بين الناس فهو في الجملة في مظنة العلم بنسبه بخلاف العبد، فظهر الفرق بينهما فثبت بهذا أن عقد المحضر وتسجيله على مجهول يجليه وصفه عديم الجدوى على تقدير إنكاره ببلد آخر عند حاكم آخر وهذا قريب من شهادة الشاهد على رجل لا يعرفه عينًا ولا اسمًا ولا نسبًا اعتمادًا على صفته وحليته، فإن كثيرًا من جهلة الشهود يشهدون ومتى طلب منهم أداؤها على المشهود عليه في غيبته أو موته بادروا إلى أدائها، وهذا لا يجوز منهم قولًا واحدًا، ولا تسمع شهادتهم على من لا يعرفونه نسبًا واسمًا قطعًا هذا لا أعرف فيه خلافًا.

....

والعلماء من الشهود المتورعين لا يشهدون على مجهول عندهم أصلًا خوفًا من الوقوع في مثل ذلك، وإن وقعت منهم مسامحة في تحمل مشاهدة على مجهول يجليه وصفه، فإنما يفعلون ذلك اعتمادًا على أدائهم الشهادة في حضور الشهود عليه وعلى يمينه إذا تذكروا الشهادة عليه بما اعترف به عندهم، ويكون ذكر الحلية والصفة في الكتاب والدستور مساعدًا على التذكر ومعينًا على حصول العلم بما سبق منه في الإقرار، وينعقد في هذا فصلًا حسنًا في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى، انتهى.

قلت: وسبق ما حكي في أصل المسألة عن ابن خيران والإصطخري وتضعيف الأئمة له، وجعل الحلية في المجهول معول عليها كالاسم والنسب في المعروف.

وقال الرافعي: إن المذهب خلاف ما قاله ابن خيران، فإن أراد ابن خيران أن القاضي لا يقضي بين المجهولين أصلًا فمذهبه باطل وهذا لا أحسب أحدًا يقوله، وإن أراد أنه لا يسجل على مجهول اكتفاء بالحلية واعتمادًا عليها عند الحاجة إلى الإثبات والحكم ثابتًا فما قاله صحيح، وإن أراد بإيجاب إثبات الحلية أنها تكون سببًا لتذكر القاضي الواقعة والحكم ومعرفة المحكوم في باقي الحال بعينه فهذا قريب لكنه بعيد من كلامهم، والموضع مشكل والله أعلم.

إذا كان المدعى عليه قد أقر بالحق كتب في المحضر إقراره به قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما: ولا يحتاج أن يقول أنه أقر له في مجلس حكمه؛ لأن الإقرار يصح منه في غيره، ونسب الماوردي هذا إلى الشيخ أبي حامد وأنه قال: إن ثبت ببينة ذكر ذلك، وهو في تعليق البندنيجي.

قال الماوردي: وفرق بأن سماع البينة حكم، وليس في الإقرار حكم، قال: وهذا الفرق ليس له وجه؛ لأن الدعوى لا يسمعها القاضي إلا في مجلس حكمه؛ ولأنه يتعلق بالإقرار إلزام، والإلزام حكم، انتهى.

وذكر في «الانتصار»: أنه لا يحتاج في صورة الإقرار إلى أن يذكر أنه في

....

مجلس حكمه وقضائه لما سبق، وأنه إن ثبت الحق عنده بيمين المدعي مع نكول المدعى عليه، فسأله المدعي أن يشهد على نفسه بذلك لزمه، وإذا طلب منه كتب المحضر كتبه له ويذكر فيه عرض اليمين والنكول ورد اليمين وحلف المدعي، ويذكر أنه في مجلس حكمه وقضائه لأن ذلك بمجلس الحكم بخلاف الإقرار ثم ذكر ما إذا حكم له بالبينة ويذكر أن ذلك في مجلس حكمه لأن البينة لا تسمع إلا في مجلس الحكم، انتهى.

ومراد الأئمة بمجلس الحكم محل ولايته حيث كان منها لا الموضع الذي أعده للجلوس فيه للحكم كما غلط فيه غالط في «الحاوي» و«البحر» في باب ما على القاضي في الخصوم: إن في تسميته الشهود الذين حكم بشهادتهم في المحضر والسجل وجهان:

أحدهما قاله الإصطخري: إن ترك تسميتهم أولى.

والثاني قاله ابن سريج: إن تسميتهم أولى وأحوط للمشهود عليه، فلعله يقدر على جرحهم.

قال الماوردي: وكل واحد من الأمرين جائز.

قلت: حكى جماعة الخلاف في وجوب التسمية، ولفظ أبي الحسن الديلمي في «أدب القضاء»: اختلف أصحابنا هل يجب أن يذكر أسماء الشهود؟ على وجهين:

منهم من قال: يجب أن يذكر وهو أولى لطلب المشهود عليه لجرحهم وذكرهم خير له.

ومنهم من قال: إذا قال الحاكم: شهد عندي جماعة عدول أرضاهم وأعرفهم، أو قال: سألت عنهم، فرجعت المسألة إلى تزكيتهم وعدالتهم فقبلت شهادتهم ولم يذكر أسامي الشهود وجاز وترك أسمائهم أنفع للمشهود له، وذكر أسمائهم أولى وأعذر للحاكم، انتهى.

قلت: والمختار في وقتنا وجوب التسمية، ويتعين إذا كان الحكم على

....

غائب أو محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه احتياطًا لهم؛ ولئلا ينشد باب الجرح، وغيره على الغائب إذا حضر والناقص إذا أكمل إذ قد ينسى الحاكم الشهود الذين أيهم ذكرهم أو يموت أو يعزل فلا يصدق بعد انعزاله وغير ذلك، ولما في التسمية من دفع الريب والتهم التي يجب صيانة هذا المنصب الشريف عنها ولا سيما مع فساد الزمان وأكثر شهوده وقضائه، وإذا ذكر الشهود عنده ذكر أسماء المزكين أيضًا لما ذكرنا.

وصرح به جماعة وهو متعين في وقتنا، وإذا أقام المدعي شاهدًا واحدًا وحلف معه ذكر ذلك وأن الشهادة واليمين وفقًا في مجلس الحكم، وفي وجوب تسمية الشاهد ما سبق.

قال شريح الروياني: وإذا كان الحكم على غائب في وجه وكيل منصوب عنه فأراد أن يكتب على وجه لا يطعن فيه من لا يرى الحكم على الغائب كتب وأحضر معه من جاز له سماع البينة على وجهه، وإن كان بشاهد ويمين كتب أنه حكم له بالبينة العادلة التي يوجب الشرع الاستماع إليها والحكم بموجبها، وقيل: لا يجوز ذلك؛ لأن الخصم لا يتمكن من الطعن في الشهود، انتهى. وهذا الخلاف راجع إلى ما تقدمه.

قال العبادي والهروي وشريح الروياني في باب نسخة السجل وكتاب القاضي: ويقول: وأحضر معه فلانًا وقد عرفه خصمًا؛ لأن أبا حنيفة لا يُجيز الدعوى على مسخر فادعى عليه كذا ويصف الدعوى نحو ما أثبت في المحضر ونسخ الصك الذي فيه، وأنه سأل القاضي أن يسأل خصمه فسأله فأنكر، فأحضر شهودًا عدولًا أحرارًا مسلمين بالغين عقلاء وهم فلان وفلان، فسأل القاضي أن يسألهما فشهدا، ويصف لفظ الشهادة في حظ القاضي، ويكتب أنهم شهدوا في مجلس حكمه؛ لأن الشهادة تختص به بخلاف الإقرار، وأنهم أشاروا إليه؛ لأنه شرط عند قوم، فإن كانت الشهادة على الملك.

قال: وإنهم يهتدون إلى البقعة ويعرفونها؛ لأن أبا حنيفة يشترط ذلك، فإن اتهم البينة ففيه خلاف سبق ثم يكتب وأنه سأل القاضي مرة ثانية بعد أن أمكن

فَصْلٌ

وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ أَوْ الْإِجْمَاعِ أَوْ قِيَاسٍ جَلِيٍّ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ....

الخصم من الطعن في الشهود والإتيان بحجة دافعة فلم يأتِ بها، فإن أبا حنيفة يذهب إلى أن بينة المحكوم عليه لا تسمع بالملك المطلق فيحتاط قبل الحكم.

قال القاضي أبو سعد: واختار هذا المذهب القاضي الحسين وهو خلاف نص الشافعي، ويكتب أنه سأل عن البينة فعدلت وعدلها فلان وفلان إذا جرى له رسم التعديل.

قال شريح: ثم يقول: وإنه استخار الله تعالى وحكم بكذا ونفذه وترك كل ذي حق على حقه وحجته ومتى أوردها فهي مقبولة، انتهى.

فصل

قال: **(وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ)** أي: وهو من أهله.

(ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ)، أي: أو نص السنة المتواترة أو خبر آحاد ثابث، وسيأتي في هذا خلاف غريب.

(أَوْ الْإِجْمَاعِ أَوْ قِيَاسٍ جَلِيٍّ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ) لأن الاجتهاد إنما يسوغ إذا لم يخالف ذلك فإن خالفه رد.

وفي «الصحيحين»: **«من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد»**[(١)].

وروي عن عمر رضي الله عنه في ذلك آثار لم ينكرها أحد، فكان إجماعًا.

فمنها ما رواه الحاكم أبو عبد الله بإسناده عن أبي العوام البصري قال: «كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري: إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٧).

....

المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا.

ومن ادعى حقًّا غائبًا أو بينة فاضرب له أمدًا ينتهي إليه، فإن جاء ببينة أعطيته حقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق؛ لأن الحق قديم، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادات، أو قال: زاهر في الشهادة إلا مجلود في حد أو مجرب عليه شهادة الزور أو ظنين في ولاء أو قرابة، فإن الله ﷻ تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن أو سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى أشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتكبر، فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شأنه الله، فإن الله لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصًا، وما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته».

قال الشيخ الصالح إبراهيم المروزي: وهذا كتابٌ مشهور لا بدَّ للقضاء من معرفته، انتهى.

وجاء عن عمر رضي الله عنه آثار كثيرة في رد قضائه بالأخبار التي بلغته بعد قضائه ونقض علي رضي الله عنه قضاء شريح في المسألة المشهورة في الفرائض.

قال الإمام في «النهاية»: ولو أخطأ القاضي، وتعين عليه الخطأ فحق عليه أن يتبع خطأه بالنقض ويستفرع في استدراكه الجهد، ولو علم أنه أخطأ في قضيته، لكنها اشتبهت عليه واختلطت عليه بالأقضية فتعين عليه البحث فإن بذل الجهد فلم يعثر فلا عليه، انتهى.

لَا خَفِيٍّ.

وذكرنا من قبل أنه هل يلزمه تعريف الخصمين صورة الحال وبينا ما فيه من خلاف ووفاق وبينا نقضه بحكم غيره فراجعه سنعيد بعض ذلك لفائدة إن شاء الله تعالى.

قال: (**لَا خَفِيٍّ**) أي: إذا ظهر له قياس خفي رجح عنده على ما حكم به ورأى أنه الصواب حكم به فيما يستقل من أخوات الحادثة إذا استقر رأيه عليه، ولا ينقض به ما حكم به أولًا بل يمضيه؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم ولشق الأمر على الناس.

ومشهور عن عمر رضي الله عنه أنه حكم بحرمان الأخ من الأبوين في التركة ثم ترك بعد ذلك ولم ينقض قضاة الأول، وقال: وذلك على ما قضينا وهذا على ما يقضي.

قال الرافعي: وما ينقض به قضاء نفسه ينقض به قضاء غيره، وما لا يَنْقِضُ لا يُنْقَضُ لا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله أن يتبع قضاء نفسه لينقضه، انتهى.

وسبق قول الإمام: إن ذلك واجب عليه، وجزم الرافعي هنا بأنه لا يتبع قضاء غيره، وحكى عند الكلام في العزل وجهين في جواز التتبع، وإن اختيار الشيخ أبي حامد منهما الجواز وهذا كله في القاضي الأهل أما غيره فسبق الكلام هناك في تتبع أحكامه.

وقال الدارمي هنا: وليس عليه تتبع أحكام من كان قبله، فإن تظلم إليه في حكم من قبله فقيل: ينظر فيه، وقيل: لا ينظر حتى يشهد بينة، انتهى.

وهذا الإطلاق يفهم أنه لا فرق بين أن يكون المتظلم من القاضي الأول أو من الخصم ولعل مراده الأول.

فَرْعٌ: قال شريح: وإذا أراد بعض الحكم بقول: نقضته أو نسخته أو أبطلته، ولو قال: ليس هذا بصحيح أو باطل فوجهان، وهل يجوز للابن تنفيذ حكم الأب؟ وجهان حكاهما جدي وقيل: يجوز قولًا واحدًا؛ لأنه لا يعود

....

نفع الحكم إليه فلا تهمة فيه.

وقال ابن الرفعة: المعنى ينقض الحكم كما قال الإمام: التبين وإلا فليس القضاء أمر يعقد ويحل، وحكى الماوردي في باب شهادة النساء أن الحكم إذا وقع بأضعف المذهبين أصلًا مما ينقضه عليه غيره من القضاء فحكمه باطل في الباطن والظاهر لكن هل يفتقر بطلانه إلى حكم الحاكم ؟على وجهين، انتهى.

والراجح عدم الافتقار ويجب القطع به في بعض المسائل والعلم عند الله تعالى.

إشارات: ذكرنا في «الغنية» طرفًا من الكلام على قول الصحابي وطرفًا من الكلام على الاستحسان وطرفًا من الكلام على القياس.

قال الرافعي: اختلفت عبارات الأصحاب في تقسيمه والأقرب إلى كلام الشافعي أنه نوعان: جلي وغيره.

فالجلي: ما عرف به موافقة الفرع الأصل بحيث لا يبقى احتمال مفارقتهما أو يبعد ذلك [كظهور][1] التحاق الضرب بالتأفيف المنصوص وما فوق الدرة والنقير المنصوص عليهما والدينار بالقنطار، ومن عرف مساق هذه النصوص لم يرتب في أن الفرع أولى بهذه الأحكام من الأصول.

وبعض الأصحاب لا يسمي هذا النوع قياسًا، ويقول: هذه إلحاقات مفهومة من النصوص ويقرب منها التحاق العمياء بالعوراء في الأضحية، ويليها إلحاق سائر النعرات المزعجة بالغضب في حديث: «**لا يقضي القاضي وهو غضبان**»[2] وسائر المشبهات بالفأرة وغير السمن بالسمن في حديث الفأرة تقع في السمن وما أشبه هذا.

ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كما روي أنه ﷺ سها فسجد وأن ماعزًا زنا فرجم وأن بريرة عتقت فخيرت.

---

(١) في نسخة: (كلحوق).

(٢) تقدم تخريجه.

....

وأما **غير الجلي**: فهو ما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد فمنه ما كانت العلة فيه مستنبطة كقياس الأرز على البر بعلة الطعم.

وعن ابن القاص أنه من الجلي والظاهر الأول، ومنه قياس الشبه وهو أن [تشبه][(١)] الحادثة أصلين إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه أو في الأحكام كما أن العبد يشارك الأحرار في بعض الأحكام والأموال في بعضها [فلحق][(٢)] بما المشاركة معه أكثر من الأصلين، وربما سمي قياس الشبه خفيا والذي قبله من غير الجلي واضحًا، وربما خص الجلي ببعض النوع الأول وهو ما كان الفرع بحكم الأصل وما عداه واضحًا وهذه أمور اصطلاحية، انتهى كلام الرافعي.

وقد اختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه وأنه حجة أم لا؟

ورأيت في «تعليق» البغوي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ هنا شيئًا غريبًا وذلك أن المعلق عنه ذكر أنه قال: سمعت أستاذي القاضي الإمام الحسين يقول: كنت أختلف رجلًا بمرو من تلاميذ الغزالي الأكبر فسألته يومًا عن القياس الجلي فقال: ما عبر الأصحاب عنه ما زال عنه عوارض الشبه والاحتمال وعلم علة الأصل فيه وزال الطمع عن تجويز علة للأصل غيرها كقوله: تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ﴾ [النساء: ٢٥] فعليه فَقِسْ العبد على الأمة، وكقوله ﷺ: «**من أعتق شركًا له في عبد قوم عليه**»[(٣)] فقيست الأمة عليه؛ لأنها في معناه ثم تكلم على القياس الخفي، ثم قال: وأما الطرديات التي أخذها المتأخرون قال القاضي: لا يجوز أن يدان به وحده هو حمل الفرع على الأصل ببعض أوصاف الأصل من غير أن يكون لذلك الوصف تأثير في إثبات الحكم وذكر له أمثلة منها: قول بعض أصحابنا في نية الوضوء: عبادة يبطلها الحدث وينتظر بعذر السفر فيشترط فيها النية كالصلاة ولا تأثير للفطر بعذر السفر في إثبات النية.

(١) في نسخة: (تشدد).
(٢) في نسخة: (فيلتحق).
(٣) تقدم تخريجه.

....

وقول بعضهم في القهقهة في الصلاة اصطكال إحرام علومه، فلا ينقض الوضوء كالرعد، وقالوا ـ يعني الحنفية ـ في مس الذكر معلق منكوس فلا ينتقض الوضوء بمسه دليله الديوس أو قالوا طويل مشقوق، فلا ينتقض الوضوء بمسه كالعلم والبرق، قالوا: وهذا سخفٌ يتحاشى العامي عن ذكره فضلًا عن الفقيه، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن القياس الجلي ما كان معناه في الفرع زائدًا على معنى الأصل وله ثلاثة ألقاب: جلي، وقياس في معنى الأصل، وقياس لا يحتمل إلا معنى واحدًا.

ومعنى الجلي: يجلي معناه تجلية لا تفتقر إلى سبرٍ وبحث.

وذكر أن قياس الشبه نوعان:

قياس تحقيق: فيكون الشبه في أحكامه.

وقياس تقريب: فيكون الشبه في أوصافه.

ثم ذكر أن قياس التحقيق ثلاثة أضرب، وأطنب ـ رحمه الله ـ في بيان أنواع القياس وأقسامه وألقابه، وذكر ما لم أره لغيره.

ومعدن بيان القياس كتب الأصول، وإنما لوحنا بطرف منه هنا تأسيًا بالأئمة.

سبق أنه إذا بان للقاضي المتأهل الخطأ فيما قضى فيه بالاجتهاد أنه إن بان أنه خالف أمرًا مقطوعًا به كنص الكتاب أو السنة المتواترة أو الإجماع نقضه لا محالة، وكذا لو خالف مظنونًا محكمًا بخبر الواحد أو بالقياس الجلي لزمه نقض قضائه هذا ما أورده الرافعي وغيره في خبر الواحد.

وفي «روضة» شريح الروياني: وإن كان الحكم مخالفًا لخبر الواحد فهل ينتقض؟ فيه وجهان.

وقال ابن أبي الدم: وينقض قضائه المستند إلى اجتهاده المخالف لخبر الواحد الصالح الصحيح الذي لا يحتمل إلا تأويلًا بعيدًا ينبو الفهم عن قبوله

....

على الأصح، وقيل: لا ينقض مثاله قضاء الحنفي بنفي خيار المجلس وفي العرايا وزكاة الجنين والنكاح بلا ولي، انتهى.

فَرْعٌ: تكلم الأئمة هنا وفي مواضع متفرقة على صور مما ينقض فيه قضاء القاضي على خلاف ووفاقٍ وذكرت من ذلك طرفًا صالحًا في «الغنية» فقف عليه إن شئت.

ولا خفاء أنه لو كتب إليه بما ينقض فيه الحكم أنه لا يقبله ولا ينفذه، وأما ما لا ينقضه ويرى غيره أصوب منه فحكى ابْن كَجٍّ عن النص أنه يعرض عنه ولا ينفذه؛ لأن البعيد أعانه على ما هو خطأ عنده.

وقال ابن القاص: لا أحب أن ينفذه كما لا يبتدئ الحكم بما يرى غيره أصوب منه.

قال الرافعي: وفي قوله: لا أحب إشعار بأصل التجويز فيشبه أن تكون المسألة على وجهين.

وقد صرح بنقلهما أبو الفرج السرخسي، فقال: إذا رفع إليه حكم الحاكم قبله فلم يرَ فيه ما يقتضي النقض، لكن أدى اجتهاده إلى غيره فوجهان: أحدهما: أنه يعرض عنه، وأصحهما: أنه ينفذه، وهذا ما عليه العمل وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ، ويؤيده أنه لو حكم بنفسه ثم تغير اجتهاده تغيرًا لا يقتضي النقض، وترافع خصما الحادثة إليه يمضي حكمه الأول وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه، انتهى.

وحكى شريح الروياني عن رواية جده أبي العباس الروياني في المسألة قولين: أحدهما: يمضيه، والثاني: لا، بل يتوقف، وكذا رواهما الْمحَامِلِيّ والبندنيجي والماوردي وصاحب «الكافي» وغيرهم.

كما قال ابن الرفعة قولين وحكى في «التنبيه» هذا الخلاف في نقض الحكم واستغرب.

قال بعض الشارحين: والقول بالنقض في هذه الصورة لم يذكر في مشاهير

....

الكتب، وقال غيره: إنه خلاف الإجماع وأطنب في رده، ذكره في «الكفاية».

فَرْعٌ: لو تقدم إلى القاضي خصمان وقالا: كان بيننا خصومة كذا ففصلهما القاضي الذي كان بيننا وحكم بكذا ولكنا نريد أن يستأنف الحكم بيننا باجتهادك فهل يجيبهما إليه أو يتعين إمضاء الحكم الأول ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد وجهان أشبههما في الرافعي وأصحهما في غيره الثاني.

فَرْعٌ: قال شريح: إذا قلنا: ينفذ حكم من قبله فإنه يقول: نفذت حكم فلان القاضي وأمضيته، وقال بعض أصحابنا: لو قال: أجزته كان تنفيذًا، ولو قال: هذا الحكم صحيح أو جائز، فهل يكون تنفيذًا؟ وجهان.

قلت: الأشبه المنع، وظاهر كلامه أنه لا بد في التنفيذ من لفظ الحاكم به، وهو صحيح ورأيت قضاة الزمان لا يصنعون ذلك، وإنما يقول: نفيت الحكم بعد كتابة الكاتب السجل، والحكم يشهد الجماعة على مولانا بما نسب إليه في هذا السجل أو الكتاب، فيقول: نعم، أو يقول: اشهدوا علي فيرسم الشهود شهادتهم بأنه أشهدهم على نفسه بذلك، وهو شهادة بإقراره بالحكم لا عليه بالحكم ولا بالتنفيذ إن كان منفذًا، وحينئذ ينبغي أن يتلفظ بما حكم به وبتنفيذه ما بعده، ثم يشهدهم عليه ويشهدون عليه بذلك، وإن لم يسترعهم، وأما إذا وقع الإشهاد [عليهم] على المعتاد فسبيل الشاهد أن يرسم شهادته على إقراره بالحكم، ويؤدي ذلك، وفي كون ذلك حكمًا نظر، إذًا الحكم يكون باللفظ لا بالقصد والخط.

فَرْعٌ: سبق أن قوله: [ثبت] عندي كذا ليس بحكم على الأصح، وذكرنا [للخلاف][(١)] فوائد ومما لم يذكره أنه لو قامت بينة على ميت أو غائب، فقد ثبت الحكم بمعنى ظهر للحاكم صدق المدعي، فلو سأل من الحاكم الحكم له فلا بدّ [للحكم][(٢)] على الميت من يمين قولًا واحدًا، والحكم للغائب على الأظهر.

قال ابن أبي الدم: وإذا قلنا الثبوت حكم، فمتى قال الحاكم ثبت عندي

---

(١) في نسخة: (للحكم). (٢) في نسخة: (للحاكم).

....

[الحق] فهذا حكم منه به، فينبني عليه أحكام الحكم ولا يحتاج معه إلى قوله: وحكمت به وذكر بحثًا في التفريع على أن الثبوت حكم أوردته في «الغنية» يتضمن: إنه يحلفه الحاكم اليمين المعتبرة فيه، ثم يقول: ثبت عندي حق هذا المدعي على الميت المدعى عليه، ثم قال: نعم.

قال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ في «شرحه الكبير»: إذا ادعى على ميت أو غائب حقًا ماليًا، وشهد له به شاهد واحد وحلف مع شاهده ثبت الحق، وأعنت هذا اليمين المكملة للبينة عن يمين الحكم [على الميت] فلا يجب عليه يمين ثانية على أصح الوجهين، هكذا قال، وهو حسن غريب، وسئل الغزالي في «فتاويه» عن هذه المسألة فقال: يكفي يمين واحدة تكمل البينة مع الشاهد والحكم، والذي عندنا في هذا كله ما هو المختار، وهو: أن الثبوت ليس حكمًا، وأنه لا بد من يمين الحكم على الغائب كالميت، وأنه إذا حلف مع شاهده فيما يثبت بشاهد ويمين، وطلب الحكم واستيفاء الحق من مال الميت أو الغائب، فلا بدّ من يمين كما سيأتي صفتها في موضعه، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: المقلد المستقصي للضرورة لو حكم بمذهب غير مقلده، قال الغزالي في «الأصول»: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده فينقض حكمه، وإن جوزنا تقليد من شاء فلا ينقضه.

ثم قال في المستفتي: إذا وجد من المفتين اثنين فصاعدًا، فهل عليه أن يجتهد فيسأل أعلمهم؟ فيه وجهان أصحهما عند عامة الأصحاب: أنه يخير فيسأل من شاء منهم، وذكر الغزالي في «الأصول»: إنه إذا كان يعتقد أن أحدهما أعلم لم يجز له أن يقلد غيره وإن كان لا يجب عليه البحث عن الأعلم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهما، بمزيد قال الشيخ برهان الدين: ومقتضى ما ذكره أولًا أنه لا يلزمه اتباع من هو أعلم عنده على وجه وله تقليد غيره ومقتضى هذا النقل الثاني أنه يجب عليه تقليد من هو أعلم عنده جزمًا، انتهى.

فَرْعٌ: قال في مقدمة «شرح المهذب»: إذا أفتى في حادثة ثم حدث مثلها

وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا.

قال: ذكر الفتوى الأولى ودليلها بالنسبة إلى أصل الشرع إن كان مستقلًا أو إلى مذهبه إن كان منتسبًا أفتى بذلك بلا نظر، وإن ذكرها ولم يذكر دليلها ولا طرأ ما يوجب رجوعه، فقيل: له أن يفتي بذلك والأصح وجوب تجديد النظر، ومثله القاضي إذا حكم بالاجتهاد ثم وقعت المسألة، انتهى.

وقال شريح: إذا اجتهد الحاكم فحكم أو لم يحكم ثم حدثت تلك النازلة فهل يستأنف الاجتهاد؟ وجهان: الصحيح: إنه إذا كان الزمان قريبًا لا يختلف في مثله الاجتهاد لا يستأنفه، وإن بعد [الزمان](١) استأنف، انتهى.

والظاهر أن هذا محمول على ما ذكره المصنف وليس بوجه ثالث، والله أعلم.

قال: **(وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا)** قضاء القاضي قسمان:

أحدهما: ما ليس بإنشاء وإنما هو تنفيذ لما قامت به الحجة، وهذا مراد المصنف فينفذ ظاهرًا لا باطنًا حتى لو حكم له بشهادة الزور بظاهر التعديل لم ينفذ حكمه الحل باطنًا سواء فيه المال والنكاح وغيرهما.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ: ينفذ في العقود والفسوخ ظاهرًا وباطنًا حتى إذا قضى بالنكاح بشهادة الزور حل للمشهود له وطئها، وإذا قضى بالطلاق حرم على المشهود عليه الوطء، وساعدنا في الأملاك المطلقة أنه لا ينفذ فيها إلا ظاهرًا، هكذا ذكره الرافعي.

وقال غيره: حكم الحاكم ألا يحيل الأمور عما هي عليه عندنا، وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يحيلها في الفروج والنسب دون الأنفس والأموال، وجوز لأحد شاهدي الزور بالطلاق أن ينكحها مع علمه بالحال.

ولو شهد شاهد زور أن هذه المرأة ابنته.

قال أَبُو حَنِيفَةَ: ثبت نسبها منه ظاهرًا وباطنًا، وصار محرمًا لها ووافقنا

---

(١) في نسخة: (الفصل).

....

على أنه إذا ادعى على حرة أنها أمته، وحكم الحاكم له بشهادة الزور ليس له وطؤها، وكذا لو طلق زوجته ثلاثًا ثم ادعى أنها زوجته وشهد شاهدا زور له بذلك، وقضي له بالزوجية لا يحل له وطؤها، ووافق أن الأموال والقصاص لا تحل له بالحكم بشهادة الزور لنا الأحاديث الصحيحة كقوله ﷺ: **«فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»**[1] **متفق عليه، وفي لفظ للبخاري: «فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ»** والقياس على ما وافق عليه، ولهم تفاريع عجيبة لا نطيل بذكرها.

قال الرافعي: وعلى المرأة المحكوم عليها بالنكاح الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها.

قلت: والظاهر أنه صائل، فيكون حكمه ما سبق حتى يلزمها دفعه، وإن أدى إلى قتله؛ ولهذا قال الشيخ أبو حامد: إن المحكوم له إذا وطأ حُدَّ.

قال الرافعي: ولم يأخذ به صاحبا «الشامل» و«البحر» لأنه وطأ في نكاح مختلف في صحته وهو شبهة دارئة للحد.

قلت: سبق قول الإمام ووالده أن الخلاف نفسه ليس شبهة، وإنما الشبهة ما أخذه وهو التحقيق كما بيناه في الحدود ويجيء وجه فارق هنا بين معتقد الحل وضده.

قال الرافعي: ولو كان المحكوم به الطلاق حل للمحكوم عليه وطؤها إن ظفر بها لكنه يكره؛ لأنه يعرض نفسه للتهمة ويبقى التوارث بينهما ولا تبقى النفقة للحيلولة، وإذا نكحت فالحل مستمر للمحكوم عليه نعم لو وطئها الثاني جاهلًا بالحال فهو وطء شبهة فيحرم في مدة العدة على الأول، وإن كان الثاني عالمًا أو نكحها أحد الشاهدين، فقيل: لا يحرمها وطؤها على الأول ويجب به الحد، والأشبه ما ذكره الروياني وهو أن يجعل وطء شبهة لما سبق، وقد سمعته من بعض شيوخنا في النظر ولم أره في كتب المذهب، انتهى لفظ

(١) أخرجه البخاري (٦٧٦٩) ومسلم (٤٥٧٠).

....

الرافعي وهو صريح في أن المنقول الوجه الأول.

وقوله: لما سبق، يعني من شبهة الخلاف، وفيه ما أشرنا إليه.

القسم الثاني: الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين وفسخ النكاح بالعيب والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحوها؛ فإن ترتب على أصل كاذب فالحكم كما في القسم الأول ومثاله الفسخ بعيب قامت عليه شهادة زور وإن ترتب على أصل صادق، فما لم يكن في محل اجتهاد المجتهدين نفذ ظاهرًا وباطنًا، وما كان مختلفًا فيه فينفذ ظاهرًا، وفي الباطن وجهان:

أحدهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق الإسفراييني لتعارض الأدلة ومقابل النظر.

والثاني: إنه ينفذ؛ لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع، وإلا فإذا حكم الحنفي للشافعي بما لا يعتقد [لم يتهيَّأ له الأخذ وإذا حكم الشافعي على الحنفي] بما لا يعتقده سرقة الحنفي إذا وجد فرصة، وهذا الخلاف مبني على أن كل مجتهد مصيب أو الصواب في واحد إن قلنا بالأول نفذ ظاهرًا وباطنًا، وإن قلنا بالثاني لم ينفذ باطنًا.

وفي «التهذيب» وجه ثالث فارق بين من يعتقد حله من الخصمين فينفذ في حقه ظاهرًا أو باطنًا ومن لا يعتقد فلا ينفذ، وهذا يشبه الخلاف في أنه إذا اقتدى الحنفي بالشافعي يعتبر اعتقاد الإمام أو اعتقاد المأموم، وإذا منعنا النفاذ باطنًا إما مطلقًا أو في حق من لا يعتقده فلا يحل للشافعي الأخذ إذا حكم له الحنفي بشفعة الجوار وبالتوريث بالرحم، وهذا ما ذكره في «الوجيز».

والأصح عند جماعة منهم البغوي وأبو عاصم العبادي أنه ينفذ في حق معتقده وغيره فعلى الأول هل يمنعه القاضي لاعتقاده أو لا يمنعه لاعتقاد نفسه؟

حُكِي في «الوسيط» تردّدٌ، والصحيح أنه لا يمنع ومن منعه، فقد قال: لا ينفذ القضاء ظاهرًا ولا باطنًا، هذا كلام الرافعي.

وقال ابن أبي الدم: قضاء القاضي في المجتهدين بما غلب على ظنه وأدى

وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ، ....

إليه اجتهاده ذهب المتقدمون من أصحابنا وجماهير الفقهاء إلى أنه ينفذ ظاهرًا وباطنًا، وذلك مثل قضاء الحنفي بشفعة الجوار للشافعي ينفذ ظاهرًا وباطنًا، ويحل للشافعي الأخذ لهذه الشفعة، ثم حكى مذهب الأستاذ أبي إسحاق.

ثم عن بعض أصحابنا: إن كان المحكوم له عالمًا بالدليل لم ينفذ القضاء في حقه باطنًا، وإن كان عاميًّا نفذ وكان له [الأخذ] بها، أما المقضي عليه إن كان شافعيًا والقاضي حنفيًّا، والمقضي له بشفعة الجوار حنفيًّا فحق على المقضي عليه أن يدعي لقضائه.

وأصل الخلاف في هذه المسألة يُبْنَى على أن المجتهد المصيب واحدٌ، وكل مجتهد مصيب، فمن قال بهذا كان الحق على مذهبه في جهات متعددة فينفذ حكم الحاكم في المجتهدات ظاهرًا وباطنًا، ومن قال: المصيب كل واحد، فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها الله تعالى فينفذ ظاهرًا فقط، انتهى.

وهذه قاعدة أصولية ينبني عليها فروع مذهبية في المجتهدات والأصول لا تقليد فيها، وإنما نقل عن الشافعي اختلاف رواية.

قال الرافعي والأصحاب: طريقان في المسائل الشرعية التي هي في محل الاجتهاد واختلاف المجتهدين:

أشهرهما: إن فيها قولين:

أصحهما: إن الحق فيها واحد، والمجتهد مأمور بإصابته، ومن ذهب إلى غيره فهو مخطئ.

والثاني: إن كل مجتهد مصيب.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول.

قلت: وهو المذهب نقلًا ودليلًا كما أوضحت النقل فيه في «الغنية» وبينته أكمل بيان.

قال: (**وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ**) أي: بأن يشهد شاهدان بزوجية بين اثنين وهو يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقًا بائنًا، أو يشهد بموت إنسان في

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ ....

تاريخ وهو يعلم حياته فيه، أو برق شخص لشخصٍ والقاضي يعلم أنه أعتقه وغير ذلك.

والذي في «المحرر» وغيره نفي الخلاف لا دعوى الإجماع.

وفي «الحاوي»: إنا إذا لم نجوز له الحكم بالعلم فأدى عنده شاهدان بما يعلم خلافه هل يجوز أن يحكم بشهادتهما؟

فيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: نعم؛ لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون علمه، وهذا يوافقه الوجه الصائر إلى أنه لا يقضي في الخراج بعلمه.

وأصحهما: إنه لا يجوز؛ لأنه متحقق لكذبهما وهذا هو الصواب.

وقال الدارمي: إذا شهد عند الحاكم بما يعلم خلافه ولا يمكن حدوث ما شهد به بعده لم يجز أن يحكم به، انتهى.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ**) أي: على من تسوغ له الشهادة عليه ولمن يسوغ شهادته له؛ لأنه إذا حكم بما يفسد الظن وهو شاهدان أو شاهد ويمين؛ فالعلم أولى هذا ما صححه على الجملة عامة الأصحاب ومنهم الربيع والمزني وخلائق، وقطع به بعضهم ونص عليه في «الرسالة» حيث قال: وأقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين ومن النكول ورد اليمين.

قال الربيع: كان الشافعي يرى [القضاء][1] بالعلم، وكان لا يبوح به لقضاة السوء، والثاني: لا؛ لأن فيه تهمة والتهمة تمنع القضاء، كذلك لا يقضي لولده ووالده.

وصححه في «الوجيز» عكس «الخلاصة» واختاره الروياني لفساد الزمان.

والمذهب الأول وشرط ابن عبد السلام في «القواعد» عليه أن يكون ظاهر

(١) في نسخة: (القاضي).

إِلَّا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

التقوى والورع، وأجيب عن التهمة بأنه لو قال: ثبت عندي، وصح كذا لزم قبوله بلا خلاف قاله في «الروضة» وغيرها ولم يبحث عمّا ثبت به وصح، وهذا في القاضي وسوء فهمه، وسبق في هذا ونحوه كلام.

قال: (**إِلَّا فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَى**) أي: على المذهب؛ لأنها تدرأ بالشبهات ويندب سترها، وروى الإمام أحمد بسند صحيح عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه لو رأيت رجلًا على حدٍ من حدود الله تعالى ما أحدته به، ولا دعوت له أحدًا حتى يكون غيري، وقيل على القولين.

تنبيهات وفروع:

أحدها: أطلق الشيخ ذكر القولين من غير بيان لرتبة الخلاف ولا لرتبته، وقال في «الروضة»: وإذا قلنا: يقضي بعلمه فذلك في المال قطعًا وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر، وقال الغزالي وغيره من المراوزة: للشافعي قولان في الأموال وفي العقوبات قولان مرتبان وأولى بأن لا يقضي، وعقوبات الآدميين تترتب على عقوبات الله تعالى.

قال في «البسيط»: هذا هو المشهور، ومنهم من لم يرتب، وقال: العلم لا تتفاوت درجته وإنما يحسن الترتيب في المظنونات.

وقال الدارمي: إن علم أمرًا فهل يحكم به؟

فإن كان لآدمي فعلى قولين سواء تعلق بمال أو دم أو حد، وقيل: القصاص مرتب على المال وما كان حقًّا لله تعالى في مال فالقولان، وإن كان في حد رتبه الشافعي على غيره، وإن كان رؤية هلال وإلحاق نسب قال ابن القطان: على القولين، وقال ابن المرزبان: يقبل فإن قلنا: يحكم حكم رجع أم لا أنكر أم لا.

وإن قلنا: لا يحكم بعلمه فأقر الخصم وأقام على إقراره حكم وإن أقر بزنا ثم رجع، قيل: فإن قال: لم أقر عندك، فعلى القولين وإذا رآه يزني فعلى القولين، انتهى.

....

وقال الرافعي بعد ذكره الترتيب السابق: ويجوز أن ينزل الترتيب والتفريع ويقال في القضاء بالعلم أقوال: ثالثها يجوز في الأموال دون العقوبات، أو أربعة أقوال: رابعها يجوز فيما سوى الحدود.

ثانيها: عن الإصطخري أنه يتعين القضاء بالعلم في مواضع:

منها: أن يقر عنده أنه طلق امرأته ثلاثًا، ثم يدعي زوجيتها، ومنها: أن يدعي أن فلانًا قتل مورثه وهو يعلم أنه قد قتله غيره.

ومنها: **أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّ فُلَانًا قَتَلَ أَبَاهُ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ قَتَلَهُ غَيْرُهُ.**

ومنها: أن يدعي أن المرأة التي في يده أمته وتصدقه عليه، والقاضي يعلم أنها ابنته، وهذه الصورة إن سلمت له ألحق بها ما في معناها وأولى منها وهو كبير لمن يتبعه.

ثالثها: قال ابن الرفعة: إن كلام «التنبيه» يقتضي أن محل جواز الحكم بالعلم التعين لا الظن، وفسر قوله: إذا علم الحاكم وجوب الحق، أي: بالمشاهدة، قال: وعليه ينطبق قول الإمام: إنا إذا جوزناه فهو فيما يستيقنه لا فيما يظنه، وإن غلب على الظن.

وقال في كتاب التفليس: ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة به إلى التعين فلو علمه القاضي بنفسه اختلف القول في جواز قضائه بعلمه، ولو انتهى القاضي فيما لا علم له إلى منتهى يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها فلا يحل له القضاء، وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به وظهر عنده، فليتأمل الناظر في هذا فإنه من أسرار القضاء.

والذي ذكره من الأصول في الشهادة على ألا مال له ولا وارث له، والشهادة بالتعديل والشهادة على الأملاك.

وسبك الغزالي ذلك فقال: ولا خلاف أنه لا يقضي بظنه الذي لا يستند إلى بينة وكلام غيرهما ينازعهما.

قال الماوردي في كتاب اللقيط: إذا رأى الشاهد رجلًا [يتصرف] في دار

....

مدة طويلة من غير معارضة جاز له أن يشهد له بالملك على قول، كما يجوز للحاكم أن يحكم به والحكم أوكد من الشهادة، والثاني: لا يجوز ذلك للشهود وإن جاز للحاكم؛ لأن للحاكم أن يجتهد بخلاف الشهود، وليس هذا إلا بناء على جواز القضاء بالعلم الذي هو محل الخلاف وهو غير حاصل في هذه الصورة.

وكذلك صاحب «التهذيب» والأئمة كما قال الرافعي: مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل الخلاف بما إذا ادعى عليه مالًا وقد رآه القاضي أقرضه ذلك أو سمع المدعى عليه أقر بذلك.

قال الرافعي: ومعلوم أن رؤية الافتراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت الحكم [به](١) وقت القضاء فيدل ذلك على أن المراد من العلم ليس اليقين بل الظن المؤكد.

قال ابن الرفعة: ولا شك في أن ما قاله الماوردي مخالف لما قالاه، وأما ما ذكره البغوي وغيره فقد يجاب عنه بأن ما استند القاضي إليه هو الإقرار والإقراض الذي هو السبب ولا شك في أنهما معلومان؛ فلذلك نفذنا قضاء القاضي إذا كان ذلك مستنده بخلاف ما إذا كان مستنده في القضاء التصرف والتسامع ونحوهما فإنه لم يستند إلى معلوم وسيأتي ما يعضد ذلك، انتهى.

رابعها: إذا علم وجوب الحق بالخبر المتواتر، فإن قلنا: يقضي فيما علمه بالمشاهدة فهاهنا أولى وإلا فوجهان ذكرهما الإمام قبيل باب كيف تفرق الصدقات، أحدهما: لا، كالمعلوم بالمشاهدة، والثاني: يقضي؛ لأن المحذور من منع القضاء بالعلم [تعرضه للتهمة](٢).

فإذا شاع هذا الأمر زال هذا المعنى، وإلى هذا أشار ابن أبي الدم بقوله: وإن منعناه فهل يقضي بما علمه من أخبار التواتر؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا علمه بالمشاهدة وأولى بالجواز هاهنا؛ لأنه لا تهمة تلحقه، ذكره في موضع

---

(١) في نسخة: (فيه في).
(٢) في نسخة: (لغرض التهمة).

....

من «النهاية» وهو في غاية الحسن.

خامسها: إطلاق المصنف وغيره يقتضي أنه لا فرق في جريان القولين بين أن يكون ما حصل له من العلم قبل ولايته أو بعدها في محل ولايته أو غيرها صرح به جماعات من الطريقتين، ونقله الماوردي عن نص «الأم» وفي «النهاية» و«الإبانة» وغيرهما: إنا إذا قلنا: لا يقضي بعلمه فأقر شخص على رؤوس الأشهاد حكم عليه قولًا واحدًا بأن الإقرار في محل الحكم حجة ظاهرة.

قال الغزالي: لأنه أقوى الحجج ولأجله قال في أصل «الروضة»: ولو أقر بالمدعي في مجلس قضائه قضى وذلك قضاء بإقراره لا بعلمه، وإن أقر عنده سرًّا فعلى القولين، وقيل: يقضي قطعًا، وما ذكره أولًا هو ما حكاه الماوردي عن الأكثرين مع وجه آخر كمذهب مالك أنه لا يقضي إذا أقر عنده [إلا أن][1] يشهد بإقراره شاهدان كيلا يصير حاكمًا بعلمه، وقد منعناه ذلك.

قال ابن الرفعة: وعلى هذا الوجه ينطبق ما حكيته عن البندنيجي، وغيره يشير إلى قوله من قبل قال ابن الصباغ والبندنيجي: وإن كان القاضي ممن لا يقضي بعلمه أجلس الشهود بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين، ويحفظوا على المقر إقراره؛ كيلا ينكر بعد ذلك ويجحد.

قال البندنيجي: فإن جحد شهدوا عليه [بذلك وحكم عليه وعلى هذا جرى في «البحر» وظاهر نص «الأم» يدل عليه] أيضًا نعم الخلاف المشهور فيما إذا أقر عنده سرًّا هل يحكم به على قول المنع ؟

قال ابن الرفعة: وفي توجيه الإمام الجواز ما يعرفك أن المراد بالسر ما إذا أقر في محل ولايته لا في مجلس الحكم.

وقال ابن أبي الدم: إذا أقر مجلس الحكم بمحضر من حاضريه فليس هذا حكمًا بالعلم بلا خلاف سواء حقق الحاضرون إقراره أم لم يحققوه؛ لغفلتهم

---

(١) في نسخة: (ألا يشهد).

....

واشتغالهم، أو أنهم حققوه ولكنهم ليسوا عدولًا هذا هو المشهور في المذهب.

قال ابن الرفعة: وقد أشار الماوردي إلى تلخيص محل الخلاف في الإقرار في مجلس الحكم في موضعين فقال: هنا إذا ادُّعِيَ على رجل حقًا فأجاب بالإقرار قبل سؤال القاضي، صار القاضي حاكمًا فيه بعلمه، فإن قلنا: لا يحكم بعلمه لم يجز أن يحكم عليه بالإقرار إلا أن يقر بعد سؤاله.

وقال في كتاب الإقرار: لا يصح الإقرار إلا بأربعة شروط: الرابع: المقر عنده وهو من يصير الحق به محفوظًا، وهو أحد نفسين إما حاكم ملزم أو شاهد محتمل، فإن كان الإقرار عند حاكم فمن شرطه أن يكون بعد سماع الدعوى، فإن أقر قبل سماع الدعوى عليه أو من غير دعوى ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان: أصحهما: يصح، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي، والثاني: لا يصح.

قال: ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجًا على اختلاف قوله في أن الحاكم هل له الحكم بعلمه أم لا، انتهى.

ورأيت في شهادات «الأم» قال الشافعي: إذا كان القاضي عدلًا فأقر رجل بين يديه بشيء كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من شهد؛ لأنه قد يمكن أن يشهدوا بزور والإقرار عنده ليس فيه شك، وأما القضاة اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلًا إلى أن يجوروا على الناس، انتهى لفظه.

وإطلاقه يفهم أن قضاءه بإقرار الخصم في مجلس حكمه قضاء بالعلم من غير فرق بين أن يكون هناك أحد أو لم يكن.

سادسها: قال ابن أبي الدم متصلًا بما سبق عنه: وقد ذكر الماوردي شيئًا بديعًا في مواضع [فقال في كتاب الإقرار وساق ما تقدم إلى آخره].

وقال في كتاب القضاء: إذا قلنا بجواز حكمه بعلمه على أصح القولين كان نفوذ حكمه بعلمه معتبرًا بشرطين: أحدهما: أن يقول للمنكر: قد علمت أن له عليك ما ادعاه، والثاني: أن يقول له: وحكمت عليك بعلمي، فإن

....

اقتصر على أحد هذين الشرطين وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه.

وقال في الموضع الثالث من الأقضية: إذا ادعى على رجل حقًا وساق ما قدمناه إلى قوله إلا أن يقر بعد سؤاله، ثم قال: وهذا الذي ذكره غريب وهو كما قال، ثم قال: وإن أقر في موضع خلوة الحاكم كان حكمًا بالعلم، وإن أقر بمجلس الحكم البارز للناس وليس به أحد سوى الخصمين أو كان فيه جمع، ولكن سار القاضي بالإقرار فهل يكون هذا من باب الحكم بالعلم؟ فيكون على القولين أم لا فيه قولان.

سابعها: إطلاق المصنف وغيره الخلاف يشمل التعديل والجرح وغيرهما وهو طريقة شاذة، وقال [العراقيون][(١)]: يقضي بعلمه في الجرح والتعديل وجهًا واحدًا، وأشار الماوردي هنا إلى نقل الإجماع فيه حيث قال في صدر المسألة: لا اختلاف بين الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل، وإن اختلفوا في حكمه بعلمه في الحقوق والحدود على مذاهب شتى.

وقال في موضع آخر: إنه مما يختلف فيه مذهب الشافعي، وهذا ما وعد ابن الرفعة بأنه يدل على أن المراد بالعلم الظن المؤكد؛ لأن العدالة لا تعلم يقينًا.

قال: وبعض المراوزة لما نظر إلى ذلك ونظر إلى أنه لا يحكم إلا بما علمه منع القضاء بالتعديل إلا بعد تزكية شاهدين.

قال: وهذا رأي الإمام والقاضي الحسين رأى تخريج الحكم بالعدالة على القضاء بالعلم وفي «الذخائر» طرده في الحكم بالجرح أيضًا، والماوردي حكى هذا طريقة في كتاب الشهادات، فقال: وكان بعض أصحابه ـ يعني الشافعي ـ يقول: هل يحكم بعلمه في الجرح والتعديل أم لا؟ فيه قولان، انتهى والمشهور الأول.

ثامنها: إذا منعناه القضاء بالعلم فشهد عنده عدل واحد فهل يغنيه علمه عن شاهد آخر؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لأن الحجة لم تتم، والثاني: ويحكى

---

(١) في نسخة: (القاضي).

وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّك حَكَمْت أَوْ شَهِدْتَ بِهَذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَلَمْ يَشْهَدْ ....

عن مالك نعم؛ لانكسار سورة التهمة.

وحكى شريح الروياني هذا الخلاف قولين وأفاد فقال بعد ذكره الخلاف في القضاء بالعلم وقال بعض أصحابنا: إن أقر في مجلس الحكم يقضي به قولًا واحدًا، وإن خرج ثم عاد فهل يقضي؟ به قولان، وإذا أقر بين يدي الحاكم قضى عليه، فإن ادعى أنه غلط فيه أو سبق على لسانه ولم يقصد الإقرار فهل يحكم عليه؟ وجهان حكاهما جدي بناء على ما إذا ادعى سبق الطلاق على لسانه.

تاسعها في فتاوى البغوي: إنه إذا قال القاضي: إني حكمت بشهادة فلان وفلان لفلان على فلان بكذا والشاهدان ميتان هل يكون قضاء بعلم نفسه؟

أجاب: لا يكون قضاء بعلم نفسه وقوله مقبول؛ لأن إقرار القاضي بالحكم في أيام قضائه كالحكم وهو أن يقول: حكمت بشهادة الشهود فيكون مقبولًا، انتهى.

وهذا ظاهر ولكن أحببت نقله وليس فيه إلا الخوف من قضاة السوء؛ لئلا يتخذوه وسيلة إلى أباطيلهم ﴿وَٱللَّهُ مِن وَرَآئِهِم مُّحِيطٌۢ ﴿٢٠﴾﴾ [البروج: ٢٠].

عاشرها: إذا نفذنا أحكام القاضي الفاسق للضرورة كما سبق بما فيه فينبغي ألا ينفذ قضاء الذي أسنده إلى علم نفسه بلا خلاف، ولا أحسب أحدًا ينازع فيه إذ الضرورة لا تدعو إلى تنفيذ هذه الحرية مع فسقه الظاهر وعدم قبول شهادته وروايته وفاقًا، وربما قدمت هذا أو نحوه وهو واضح، وإنما لم يذكره الأصحاب؛ لأنهم لا يرون نفوذ حكم الفاسق بحال خلافًا للغزالي ومن تبعه كما سبق بيانه.

قال: **(وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّك حَكَمْت أَوْ شَهِدْتَ بِهَذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ)** أي: القاضي.

(وَلَمْ يَشْهَدْ) أي: الشاهد.

حَتَّى يَتَذَكَّرَ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا ....

(حَتَّى يَتَذَكَّرَ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا) فيه صور، إحداها: إذا رأى القاضي مسطورًا فيه حكمه لإنسان، وطلب منه ذلك الإنسان أو من يخلفه شرعًا إمضاءه والعمل به [نظر أن يذكره القاضي أمضاه] وعمل به كما لو طلب منه العمل في الابتداء هذا هو المشهور.

قال الرافعي: وفي «أمالي» أبي الفرج الزاز طريقة أخرى: إن أمضاه على القولين في قضائه بعمله، وإن لم يتذكر لم يعتمده لإمكان التزوير ومشابهة الخطوط، وهكذا لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر، ولا أعلم في هذا خلافًا في المذهب إذا لم يكن الخط محفوظًا عنده وعمل غالب قضاة العصر وغالب شهوده على خلافه، فمتى رأى الواحد منهم ما يظنه خطه أو حكمه في كتاب يحضره الخصم بادر القاضي إلى إمضائه والشاهد إلى الأداء فيه بلا توقف.

الثانية: إذا كان الكتاب محفوظًا عنده وبعد احتمال التزوير والتحريق كالمحاضر والسجلات التي يحتاط فيها القاضي قال الرافعي: فالمشهور المنصوص أنه لا يمضي أيضًا ما لم يتذكر لإمكان التحريف، وإن بعد وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهد، وعن الشيخ أبي محمد وغيره وجه أنه يجوز الاعتماد عليه إذا وثق به ولم يتداخله ريبة، انتهى.

وفي «روضة» شريح الروياني في باب كتاب القاضي إلى القاضي أن جده حكى عن بعض أصحابنا: إنه إذا وقع الحكم للحاكم المكتوب إليه بمضمون الكتاب إما بخط أو بعلامات بينهما فهل يقبله بغير بينة؟ قولان بناء على القولين في قضاء القاضي بعلم نفسه، قال وأشار الإصطخري في «أدب القضاء» إلى قبوله، انتهى.

وفيه موافقة للشيخ أبي محمد ومن وافقه من باب أولى، والقلب يميل إليه عند عدم تداخل الريبة، وإن كان خلاف المذهب [ألا ترى قوله ﷺ: «**الْبِرُّ مَا اطْمَأَنَّتْ إِلَيْهِ النَّفْسُ**»(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٢٨، رقم ١٨٠٣٠) واللفظ له، وأبو يعلى (٣/ ١٦٠، رقم ١٥٨٦) قال =

....

تنبيه: ما المراد بالتذكر المسوغ للإقدام على إمضاء حكمه وأداء شهادته هل هو التذكر للحكم والتحمل مفصلًا أو يكفي التذكر الإجمالي وهو تذكر أصل الحادثة دون تفاصيلها؟

إن أريد الأول وهو الظاهر فلا عبرة بالتذكر الإجمالي فيما إذا لم يكن الخط محفوظًا عنده لاحتمال التزوير والتحريف، وأما إذا كان محفوظًا عنده كما بيناه وذكر أصل القضية دون تفاصيلها فهذا محتمل جدًا، وظاهر كلامهم المنع، والمختار الجواز عند الجزم بانتفاء الريب والشكوك.

عبارة «الحاوي»: وإن عرف صحة خطه ولم يذكر وقت حكمه لم يجز أن يحكم بخطه، وإن صح في نفسه، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ومحمد، وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: يجوز أن يحكم بخطه إذا عرف صحته وإن لم يذكر.

قال: وهو عرف القضاة في عصرنا.

الثالثة: إذا شهد اثنان عند الحاكم بأنك قد حكمت لفلان بكذا، وهو لا يتذكره لم تقبل شهادتهما ولم يحكم بقولهما هذا هو المذهب المشهور.

وعن ابن القاص أنه يجوز له الحكم إذا شهدا عنده أنه حكم؛ لأن الشافعي قال: وينظر القاضي في المحضر فإن لم يتذكر شهدوا عليه ففهم أنهم يشهدون عليه بحكمه عنده.

وكلامهم في «أدب القضاء» كالمصرح به ولهذا نقله بعضهم عن روايته عن النص، والمذهب الأول.

قالوا: والضمير في قول الشافعي: (شهدوا عليه) أي: على المحكوم عليه إذا كان قد أقر عند الحاكم بالحق كما ذكره الأصحاب، قالوا: ولو شهد شاهدان أنك تحملت هذه الشهادة في واقعة كذا ولم يتذكر لم يجز أن يشهد

= الهيثمي (١/ ١٧٥): فيه أيوب بن عبد الله بن مكرز قال ابن عدي: لا يتابع على حديثه ووثقه ابن حبان. والدارمي (٢/ ٣٢٠، رقم ٢٥٣٣)، والحارث كما في بغية الباحث (١/ ٢٠١، رقم ٦٠).

....

بخلاف الرواية، والفرق أنها مبينة على المسامحة ولذلك لم يشترط فيها العدد، وقبلت من العبد والمرأة بخلاف الشهادة.

وفي «الأشراف» للهروي: إذا قال المدعى عليه للقاضي: أنت حلفتني على هذه الدعوى، فقال القاضي: لا أعلم، قال ابن القاص: فأقام المدعى عليه بينة على هذا سمعت وعزاه إلى الشافعي، والمذهب لا يسمع إلا أن يتذكر القاضي تحليفه فحينئذ ينتهي عن تحليفه، انتهى.

وإذا لم يتذكر القاضي حكمه فحقه أن يتوقف ولا يقول: لم أحكم، وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لا يعرف حكم القاضي؟

قال البغوي: يحتمل وجهين، وهما مما سيأتي، أي: ما ليس تعين الحق ولكنه ينفع في نفس الحق هل تسمع الدعوى به؟ فيه خلاف.

ولو شهد الشاهدان عند غيره على حكمه قبلهما وأمضى الحكم إلا أن تقوم البينة على أن الأول أنكر حكمه أو كذبهما، وإن لم يصدر منه تكذيب ولا إنكار ولكنه توقف فوجهان.

قال الرافعي: أوفقهما لكلام الأكثرين أنه تقبل شهادتهما وهو المذكور في تعليقي القاضيين أبي الطيب والحسين وعليه يدل النص كما بينته في «الغنية» والثاني المنع وهو ما في المهذب واختاره ابن أبي عصرون كما لو شهد الفروع فقامت بينة أن شاهدي الأصل توقفا عن الشهادة وقال الروياني: إنه غلط لمخالفته النص، وعبارة ابن شداد: فلو شهدا عنده بأن الحاكم قبله حكم به فإنه يقبله ويلزم به الخصم هذا إذا لم يكن يراجعه القاضي الأول فإن أمكن مراجعته روجع إلى أن قال وإن توقف فوجهان، انتهى.

وحسن أن يتوسط فيقال إن كان توقفه لريبة حصلت عنده لم يجز العمل به [وإن كان لعدم التذكر لا غيره كان لغيره تنفيذه والعمل به] ولعل هذا موضع التردد.

فَرْعٌ: ادعى على القاضي الثاني الولاية أنك حكمت لي بكذا قال الإمام،

....

قال الأصحاب: ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر ولا يحلفه كالشاهد إذا أنكر الشهادة، وحكي عن القاضي الحسين أنا إذا جعلنا اليمين المردودة كالإقرار فله أن يحلفه ليحلف أن إن نكل فيكون كقول القاضي حكمت فإن ادعى عليه بعد عزله أو في غير محل ولايته ورفعه إلى قاضٍ هناك، حكى الإمام أنه يجوز سماع البينة ولا يقبل إقراره، ولا يحلف إن جعلنا اليمين [المردودة كالإقرار وإن جعلناها كالبينة فيحلف] هنا كالبينة فيحلف.

قال الرافعي: ولك أن تقول قبول قول المولى حكمت بكذا وعدم القبول من المعزول واضح لكن سماع الدعوى عليه معزولًا كان أو غير معزول بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة، وإنما المقصود منها التدرج إلى إلزام الخصم فإن كانت له بينة فليقمها في وجه الخصم وما ينبغي أن تسمع على القاضي بينة ولا أن يطالب بيمين كما لو ادعى على إنسان أنك شاهدي.

قلت: وهذا هو الصواب كما بيناه عند الكلام في الدعوى على القاضي المعزول، وإنما وقع في نقل كلام القاضي الأول خلل ونزله الإمام تفقها على ذلك، وتبعه الغزالي [وليس كذلك كما أوضحناه، وأما حكاية الإمام جواز الدعوى على القاضي المستمر في غير ولايته] بحكمه وسماع البينة وما بعده فغريب جدًّا بل غلط ولعله نشأ من الغلطة الأولى، والله أعلم.

فَرْعٌ: إذا ادعى حقًّا عند الحاكم وذكر أن له بينة تشهد أن خصمه أقر له به عنده وأقامها حكم له به، وإن لم يذكره لأنها لو شهدت على إقراره مطلقًا كفى؛ فلذا إذا شهدت على إقراره وإن لم تقم بينة وذكر الحاكم أنه أقر عنده بذلك فهل يحكم عليه بعلمه فيه قولان، وإن ذكر المدعي أنه حكم له بالحق عليه حاكم غيره وأقام بينة على ذلك ألزمه الحاكم بالحق، وإن لم تكن بينة وادعى عِلم الحاكم وعَلم الحاكم فهل يحكم بعلمه، فعلى القولين، وإن ادعى أنك حكمت عليه بهذا الحق فإن ذكر ذلك ألزمه إياه، ولا يكون هذا حكمه بعلمه فعلى القولين، وإنما هو إمضاء لما حكم به هكذا أورده ابن شداد وفي عبارته قلق.

وَلَهُ الْحَلِفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ مُوَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ. وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطٍّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ].

قال: (**وَلَهُ الْحلِفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ مُوَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ**) قال القفال: وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تذكرته لفلان علي كذا لم يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به بل يؤديه من التركة وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعام ولأنهما يتعلقان به ويمكن فيهما التذكر والتيقن وخط المورث لا يتوقع فيه يقين فجاز اعتماد الظن فيه.

تنبيهات: قوله: اعتمادًا على خط مورثه يفهم أنه لا يعتمد خط نفسه ولا خط غير مورثه وبالأول صرحا هاهنا فقالا له: الحلف اعتمادًا على خط مورثه لا على خط نفسه إلا أن يتذكر ونسباه إلى «الشامل». زاد في «الشرح الصغير» وغيره: وسويا بين خط مورثه وخط نفسه في باب اليمين في الدعاوى، فقالا: يجوز له الحلف على البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه، ولم يذكرا سواه، وهو ما أورده الإمام والغزالي وسنبينه إن شاء الله تعالى.

وأما **الثاني**: وهو خط غير المورث، فالظاهر أن المورث مثال فلو رأى بخط مكاتبه الذي مات في أثناء الكتابة أو خط مأذونه القن بعد موته أو عامله في القراض أو شريكه في التجارة شيئًا من ذلك جاز أن يحلف عليه إذا وثق بخطه وأمانته إذ عمدة الإقدام الظن المؤكد.

وقال الرافعي في الشفعة: قد تسند اليمين إلى التخمين، فلهذا له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه، وقال الفوراني في «العمد»: لو أخبره ثقة عدل أن لأبيك على فلان كذا جاز له أن يدعيه ويحلف عليه، وقال الدارمي في آخر باب التحفظ في الشهادة: ويحلف إن عرف بقول عبد أو امرأة أو خط أبيه، ونحو ذلك إذا وقع العلم ـ يعني الظن المؤكد ـ لأن اليمين يتعلق بنفسه والشهادة تتعلق بغيره، انتهى.

قال: (**وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطٍّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ**) أي: لعمل العلماء به سلفًا وخلفًا؛ لأن الرواية على التوسعة ولهذا كفى فيها الواحد،

قال المصنف: [فَصْلٌ]: لِيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولٍ عَلَيْهِ، ....

وقبلت من العبد والمرأة بخلاف الشهادة، والثاني: المنع إلى أن يتذكر كالشهادة ولا تكفيه رواية السماع بخطه أو خط ثقة.

تنبيه: كلامه يفهم أنه إنما يجوز له الرواية بشرط كون الخط محفوظًا عنده قطعًا.

وقال في أصل «الروضة»: إنه لو كتب إليه الشيخ بالإجازة، وعرف خطه جاز له أن يروي عنه اعتمادًا على الخط فيقول: أخبرني فلان كتابةً، أو في كتابه، أو كتب إلي، وهذا على تجويز الرواية بالإجازة، وهو الصحيح.

وأظهر قولي الشافعي والمشهور من مذاهب السلف صحتها ووجوب العمل بها، وهي سبعة أنواع عددها، وذكر أن منها ما يجوز العمل به ومنها ما لا يجوز فراجعه.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين أنه سئل عمن رأى اسمه مكتوبًا في جزء حديث بخط الثقات ويعلم أنه قد أدرك المسموع منه، لكن لا يذكر سماع ذلك الجزء بعينه هل له روايته؟ قال: جوَّز المحدثون ذلك جوزوا الإجازة ولا يجوز من طريق الفقه ما لم يذكر سماعه وعكسه أنه لو تحقق أنه سمع ذلك الجزء ولم يرَ اسمه مكتوبًا عليه لم يجوِّز المحدثون روايته ويجوز من طريق الفقه كالشهادة، انتهى.

والقاضي الحسين والماوردي ممن يمنع الرواية بالإجازة من الفقهاء.

قال الشارح: قال: **(فَصْلٌ: لِيُسَوِّ بَيْنَ الْخصمَيْنِ فِي دُخُولٍ عَلَيْهِ)** أي: وإن اختلفا حرية ورقًا وشرفًا وغيره فلا يدخل أحدهما قبل الآخر، ولا شك أنه لو أذن لأحدهما وحجب الآخر عالمًا أنهما جاءا في خصومة أن ذلك جور محرم سواء كان ذلك في مجلسه العام أو في منزله لظهور الميل وقت عضد الخصم، أما لو أذن لهما فتقدم أحدهما من تلقاء نفسه فدخل أولًا أو تقدم على صاحبه في الدهليز والممر [فقريب][١].

---

(١) في نسخة: (فغريب).

وَقِيَامٍ لَهُمَا، وَاسْتِمَاعٍ، وَطَلَاقَةِ وَجْهٍ، وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسٍ، ....

قال: (**وَقِيَامٍ لَهُمَا**) أي: بأن يقوم لهما جميعًا أو يتركه ولا يقوم لأحدهما فقط.

قال ابن أبي الدم: وعندي أنه يكره القيام لهما جميعًا فإنه قد يكون أحدهما شريفًا والآخر وضيعًا فإذا قام لهما علم الوضيع أن قيامه للشريف [وكذلك][(١)] القيام لهما أقرب إلى العدل وأنفى للتهم، وعلى هذا سير الحكام الماضين.

وحكي ما روي في ذلك عن [علي][(٢)] رضي الله عنه وعن المهدي ووالده المنصور مع قضائهم، ثم قال: نعم إن دخل خصم ذو هيبة فقام له القاضي إما ظنًا منه أن لم يأته محاكمًا أو جهل ذلك أو ارتكب المحذور فيه، فإما أن يقوم لخصمه كقيامه له جبرًا لما فعله أو يعتذر إليه بأنه قام له ولم يشعر بمجيئه مخاصمًا، انتهى.

وينبغي أن يقال في هذا: إن كان الخصم ممن يقام له فليقم له تحقيقًا للتسوية، وإن كان ممن لا يقوم له القاضي اعتذر إليه أنه إنما قام لخصمه لعدم علمه بالحال لا تخصيصًا ولا معنى لإطلاق كراهة القيام لهما معًا إذا كانا أهلًا له كما سوَّى في السير.

قال: (**وَاسْتِمَاعٍ، وَطَلَاقَةِ وَجْهٍ**) أي: ونظر ونحوها من وجوه الإكرام، ويقبل عليهما بمجامع قلبه ويصغي إليهما على السواء وعليه السكينة والوقار، ولا يمازح أحدهما ولا يضاحكه، ولا يشير إليه إشارة إكرام، وكذا لا يجوز له أن ينهرهما، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعلا ما يقتضي التأديب.

قال الإمام: ويتجنب عن الجملة ما [يقتضي أو] يشعر بتخصيصه أحدهما بمكرمة أو إقبال.

قال: (**وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسٍ**) قال الرافعي: فإن سلما أجابهما معًا، وإن سلم أحدهما دون الآخر قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما، وقد يتوقف في ذلك عند طول الفصل فإنه يمنع من انتهاضه جوابًا، وذكروا أنه

(١) في نسخة: (ونزل).
(٢) في نسخة: (عمر).

....

لا بأس أن يقول للآخر: سلِّم، فإذا سلَّم أجابهما، وفي هذا اشتغال منه بغير الجواب ومثله يقطع الجواب عن الخطاب، وكأنهم احتملوا جميع ذلك؛ لئلا يبطل معنى التسوية، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقًا واستبعده، انتهى.

وهنا كلمات:

الأولى: قوله: قال الأصحاب: هو وجه في المسألة وذكر الصيمري والماوردي وغيرهما من العراقيين عن الأصحاب في المسألة ثلاثة أوجه، ولفظ الماوردي: حضور الخصم في المحاكمة يسقط عنهم سنة السلام، فإن سلما جميعًا رد القاضي عليهما، وإن سلم أحدهما فقد اختلف أصحابنا في فرض رده عليه على ثلاثة أوجه:

أحدها: يرد السلام في الحال.

والثاني: بعد الحكم.

والثالث: يرد في الحال عليهما جميعًا، أي: فيقول: وعليكما السلام كما صرح به الصيمري.

قال الماوردي: ومنعه بعض الفقهاء من الرد في الأحوال كلها؛ لأن الخصم أوقع السلام في غير موضعه فلم يستحق الرد، والظاهر أنه أراد ببعض الفقهاء من غير أصحابنا لما عرف من عادته، لكن الإمام حكاه عن بعضهم وهو ظاهر إذا كان القاضي مشتغلًا بالكلام في خصومة أو مناظرة ونحو ذلك كما سبق في السير.

الثانية: قوله: وذكروا... إلى آخره، وقوله: وحكى الإمام أنهم [لو] جوزوا له ترك الجواب مطلقًا واستبعده فيه خلل في النقل، وإنما ذلك وجه مزيف، والذي رأيته في نسخ «النهاية» على كثرتها: وإن سلم أحدهما فقد أفرط بعض الأصحاب وقال: لا يرد جوابه، بل يسكت بناء على أنه وضع السلام في غير موضعه، فإن القاضي في شغل شاغل ولا ينبغي أن يسلم عليه

....

وهو كذلك، وإن أراد الرد قال لخصمه: سلِّم، ثم يرد الجواب عن سلاميهما، وهذا عندي سرف، وإن ذكره القاضي فإن رد جواب السلام محمول على ابتدار أحدهما بالسلام وهذا مما لا يخفى ولا يظهر ميلًا، انتهى.

وعبارة «البسيط»: فقد أفرط بعض الأصحاب... إلى آخره كـ «النهاية» وبالجملة فالصحيح ـ وبه جزم شريح الروياني ـ أنه يجب رد السلام على المسلم إذا لم يكن القاضي مشتغلًا كما سبق، والأولى أن يكون بلفظ الجمع أو التثنية؛ لأن ابتداء السلام سنة على الكفاية، وأنه لا يؤخر الرد إلى ما بعد الحكومة، ولا يأمر الآخر بالسلام لما فيه من التخجيل و[تأخر](1) الرد.

الثالثة: إذا سلم أحدهما ثم سلم الآخر، فإن كان قد رد على الأول رد على الثاني مثله بلا زيادة ولا نقص؛ لئلا يظهر التخصيص، وإن لم يكن رد على الأول رد عليهما بصيغة الجمع أو التثنية، ولا ينبغي له أن يشير بالرد إلى أحدهما، بل يرد من غير إشارة أو يشير إليهما معًا، وهذا كله في الخصمين المسلمين.

والظاهر أن يوجه الرد على القاضي محله إذا لم يرد [بعض](2) حاضري المجلس، أما لو رد بعضهم سقط الفرض برده اللهم إلا أن يخص الداخل القاضي بالسلام كقوله: السلام على القاضي ونحو ذلك.

قال: (ويجلس) أي: فيجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله إن كانا شريفين أو يجلسهما بين يديه وهو أولى على الإطلاق لحديث رسول الله ﷺ: «**أَنَّ الْخصمَيْنِ يَقْعُدَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْحكَمِ**»(3) رواه أبو داود بإسنادٍ ضعيف، ولكن الحاكم صححه؛ ولأن النظر إليهما والاستماع لكلاميهما يكون أسهل.

قال ابن شداد: ويجلس الخصوم بين يديه؛ ليتميز عن جلوس غير

---

(١) في نسخة: (تأخير).
(٢) في نسخة: (بعد).
(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٢، رقم ٣٥٨٨) وأحمد (٤/ ٤، رقم ١٦١٤٩).

....

الخصوم، قال الماوردي: وينبغي أن يكون مجلس الخصوم أبعد من مجالس غيرهم، فإن اختلف جلوسهما بين يديه فيقدم أحدهما على صاحبه فالقاضي بالخيار بين أن يؤخر المتقدم أو يقدم المتأخر فالأولى أن ينظر فإن كان المتقدم قد جلس في مجلس الخصوم وتأخر عنه الآخر قدمه إليه، وإن كان المتأخر قد جلس في مجلس الخصوم وتقدم صاحبه أخره إليه حتى يتساويا فيه.

قال: ومن عادة جلوس الخصوم أن يجلسوا في التحاكم بروكًا على الركب؛ لأنه عادة العرب في التنازع وعرف الحكام في الأحكام، فإن كان التحاكم بين النساء جلسن متربعات؛ لأنه أستر لهن، وإن كان بين رجل وامرأة برك [الرجل] وتربعت المرأة، وإذا جلس الخصمان تقاربا إلا أن يكونا رجلًا وامرأة أجانب فيتباعدا ولا يتلاصقا، وأبعد ما يكون الخصمان أن يسمع كلاميهما، وأبعد [ما] يكون بين الخصمين أن يسمع كل واحد منهما كلام صاحبه، انتهى.

تنبيه: هذه التسوية فيما ذكرناه ونحوه مستحبة أو واجبة فيه وجهان: أحدهما: وعليه اقتصر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وجماعة أنها مستحبة، والثاني: إنها واجبة ونسبه الرافعي إلى نص الأكثرين وحكاه العمراني عن الشيخ أبي حامد.

قال الجرجاني في «الشافي»: يجب على القاضي التسوية بين الخصمين المسلمين أو المشركين في خمسة أشياء: في الدخول عليه، والجلوس بين يديه، والإقبال [عليهما] والإصغاء إليهما، والعدل في الحكم بينهما.

وصرح الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» بوجوب التسوية في الخمسة المذكورة، وقضية كلاميهما أنه لا يجب في غيرها، وأفهم كلام ابن أبي الدم أن المنقول صريحًا هو الأول.

قال: وجماعة ذكروا لفظه: ينبغي وهي قريبة من الاستحباب، قال: والذي أراه أن ذلك واجب عليه لأدلة كثيرة ظاهرة غير أن المنقول ما ذكرناه،

وَالْأَصَحُّ رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ فِيهِ.

ولفظ «المهذب»: وعلى الحاكم ولفظه على الوجوب، انتهى.

وحسن أن يقال: كل ما يظهر منه الميل وينكسر لأجله قلب الخصم أو يخاف منه الحيف فالتسوية فيه واجبة، وما لا يكون كذلك فالتسوية فيه مستحبة احتياطًا.

وفي «الحليات» بعد الإشارة إلى نقل الوجهين في الوجوب: والذي عندي في ذلك أن الواجب على القاضي أن يظهر عدم الميل، وأما تعيين المجلس عن يمينه أو شماله أو بين يديه فأمره سهل، والأظهر فيه الاستحباب لا الوجوب فإنه أدب، والمبالغة في إظهار ذلك أدب ومستحب، وإظهار ما يفهم الخصمان استوائهما عند القاضي واجب إما بمجلس أو غيره، وهذا المعنى [يؤول] إلى تحريم [رفع] أحدهما على الآخر في المجلس ووجوب إنزاله إلى منزلة غريمه إلا أن يجيز ذلك بما يفهم به غريمه أن ذلك ليس رفعًا [له] عليه وأنهما عنده في الحق سواء فحينئذ يرخص فيه، انتهى.

وما ذكره حسن [إلا] الاستثناء والترخيص ففيه وقفة إذ لا تسكن نفس الخصم إلى ذلك وتستوطنه ويقصر عن بعض حجته، فالوجه اجتناب ذلك والتسوية في المجلس.

قال: **(وَالْأَصَحُّ)** أي: جوازه.

(رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ فِيهِ) أي: في المجلس وبه جزم كثيرون وفيه أثر حسَّنه البيهقي، والثاني: يسوي بينهما للحديث السالف، ولإطلاق كتاب عمر إلى أبي موسى: فآسِ بين الناس في وجهك ومجلسك؛ ولأنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما والاستماع منهما فكذا في المجلس.

قال الرافعي: ويمكن أن يكون الوجهان في رفع المجلس [جاريين] في سائر وجوه الإكرام.

وعبارة «الروضة»: ويشبه أن يجري الوجهان وبين العبارتين تفاوت، ووقع في «التنبيه»: وإن كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا قدم المسلم على الكافر في

وَإِذَا جَلَسَا ....

الدخول، ورفعه عليه في المجلس، وانتقد عليه في قوله في الدخول، فإن المنقول فيه صريحًا وتلويحًا أنه يسوي بينهما فيه جزمًا كما أوضحته في «الغنية».

وقول ابن الرفعة: إن الفوراني صرح بذلك قبله ممنوع كما بيَّنته أيضًا، ولعل مراد «التنبيه» أن يكون المسلم مقدمًا عليه في حال دخولهما جميعًا بخطوة ونحوها، ويليه الكافر إظهارًا لمرتبة الإسلام، وقد يتعين هذا عند ضيق الممر لا أنه يؤذن للمسلم بالدخول بمفرده أولًا كما فهمه المعترض، والمراد بالرفع عليه في المجلس أن يجلس المسلم أقرب إلى القاضي منه، فإن تحاكما من قيام كما هو الغالب اليوم قدم المسلم عليه في الموقف.

فَرْعٌ: عمت البلوى في عصرنا أن الخصم إذا كان معظمًا يجلس إلى جانب القاضي ويوكل عنه وكيلًا يقف مع خصمه، ويقول: وكيلي واقف مع خصمي، ويظن بعض جهلة القضاة وغيرهم أن ذلك كافٍ في التسوية، ويبقى غالب النزاع والحجاج والأجوبة من الخصم الجالس المتصدر وذلك خلاف قضية كلام الأصحاب، وقد صرح به الشيخ أبو الحسن الديلمي فقال: ولا يجوز للقاضي أن يجلس واحدًا بجنبه والآخر بين يديه، وإن كان أحد الخصمين وكَّل وكيلًا يتكلم عنه وحضر مجلس القاضي فيجب أن يكون الموكل والوكيل والخصم يجلسون بين يديه، ولا يجوز أن يجلس الموكل بجنب القاضي ويقول: وكيلي جالس مع الخصم، انتهى.

وهذا حق لأنه الخصم حقيقةً والوكيل آلة له، وأمن المحذور من عدم التسوية موجود هنا نعم لو وكلا وكيلين وحضر الأربعة مجلس الحكم، فإذا جلس الخصمان على السواء والموكلان على السواء في مجلس دونهما أو جلس الخصمان وقام الوكيلان كما أعتيد في عصرنا، فالظاهر الجواز ولا يقال: يجب التسوية بين الأربعة في المجلس، بل يكفي جلوس الأصل مع الأصل والفرع مع الفرع.

قال: **(وَإِذَا جَلَسَا)** أي: أو انتصبا بين يديه قائمين للخصومة كما هو الواقع غالبًا وهو خلاف الأولى والأدب، بل قال الماوردي: ولا تسمع

فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ، وَأَنْ يَقُولَ: لِيَتَكَلَّمْ الْمُدَّعِي.

الدعوى بينهما وهما قائمان حتى يجلسا بين يديه تجاه وجهه.

قال: (**فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ**) لأنهما سيتكلما.

(**وَأَنْ يَقُولَ لِيَتَكَلَّمْ الْمدَّعِي**) إذ ربما [هابها][١] ولا يقول لأحدهما: تكلم؛ لئلا ينكسر قلب الآخر قاله القاضي أبو الطيب وغيره.

وقال البغوي والرافعي: له أن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه كان أولى؛ لأنه أحفظ لحشمته.

قال ابن أبي الدم: لا بأس أن يقول: من المدعي منكما؟ أو ما خطبكما؟ وقيل: يسكت ولا يقل شيئًا فإن ادعى أحدهما وإلا أقيما، وأغرب شرح الروياني فقال: هل يلزم الحاكم النظر بين الخصمين والحكم قبل السؤال منهما[٢]؟

قال بعض أصحابنا: لا يلزم؛ لأن الحق لهما فلا بدّ من سؤالهما، وقال بعضهم: يلزم ذلك وإن لم يسألاه ويكون جلوسهما بين يديه سؤالًا، ونظير الوجهين في أن جلوسه بين يدي الحلاق هل يكون إذنًا في الحلق؟ وتقديم الطعام إلى الضيف هل يكون إذنًا في تناوله؟ وجهان.

وقال الدارمي: وإذا جلسا نظر إليهما مستنطقًا فإن نطق أحدهما سمع وسأل خصمه، وإن تكلما معًا قال: ليتكلم أحدكما أو الطالب، فإن عيَّن أحدهما أشاء نفذ حكمه، انتهى.

وقضية إطلاقه أن التعيين إساءة، وإن علم أن المعين المدعي وسبق قول القاضي أبي الطيب وغيره في ذلك، وعبارة «البيان»: ولا يجوز أن يقول لأحدهما: تكلم؛ لأن فيه كسر قلب الآخر ونحوه قول «البسيط»: قال العلماء: لا يخصص أحدهما بالنظر إليه ولا بالتبسم في وجهه، بل يطرق أو ينظر إليهما على وتيرة، ولا يفاتح أحدهما بالكلام ولا بأس لو قال: من المدعي منكما، انتهى.

---

(١) في نسخة: (هابه).
(٢) في نسخة: (قبلهما).

فَإِذَا ادَّعَى طَالَبَ خَصْمَهُ بِالْجَوَابِ، ....

ويجوز أن يجمع بين كلام البغوي والرافعي وبين كلام غيرهما وفيه وقفة.

قال الصيمري: أما قوله لأحدهما: تكلم أنت، أو قل ما عندك فهذا ميل.

وقال الماوردي: فإن أمسكا عن الكلام بعد جلوسهما قال: ليتكلم من شاء منكما، والأولى أن يقوله القائم بين يديه، وإن تنازعا في الكلام كفهما عن التنازع حتى يتفقا على المبتدئ منهما فإن أقاما على التنازع ففيه وجهان: أحدهما: يقرع بينهما ويبتدئ بالكلام من قرع، والثاني: يصرفهما حتى يتفقا على المبتدئ.

ثم قال بعد هذا: والأولى في أدب الخصمين إذا جلسا للتحاكم أن يستأذن القاضي في الكلام ليتكلم بعد إذنه، فإن بدأ أحدهما بالكلام من غير إذنه جاز، وإن خالف فيه إذنه، فإن سكتا ولم يتكلم واحد منهما بعد خلوتهما، فإن كان السكوت للتأهب للكلام أمسك عنهما حتى يتحرر للمتكلم ما يذكره، وكذا إن كان سكوتهما لهيبة حضرتهما عن الكلام توقف حتى تسكن نفوسهما فيتكلمان، فإن أمسكا لغير سبب لم يتركهما على تطاول الإمساك، وقال لهما: ما خطبكما؟ وهو أحد الألفاظ في استدعاء كلامهما؛ لأنه في كتاب الله تعالى محكي عن موسى عليه السلام فإن عدل عنه وقال: تكلما، أو يتكلم المدعي منكما، أو يتكلم أحدكما، جاز والأولى أن يقوله القائم على رأسه أو بين يديه.

قال: **(فَإِذَا ادَّعَى)** أي: دعوى صحيحة محررة [جاز] كما سيأتي.

(طَالَبَ خَصْمَهُ بِالْجوَابِ) أي: على الصحيح؛ لأن به تفصل الخصومة فيقول: ماذا يقول؟ ونحو ذلك، وقيل: لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي عن ذلك كما لا يطالبه بإبقاء الحق حتى يسأل المدعي وصححه الهروي.

وقال شريح الروياني: إنه الصحيح من المذهب، والمشهور الأول، قال الهروي: وأصل الوجهين إذا جلس بين يدي الحلاق ولم يسمِ له أجرة فهل يستحق أجرة؟ وأصله مسألة التعاطي في البيع.

فَرْعٌ: لو كتب الطالب دعواه في رقعة ثم دفعها إلى القاضي، وقال: قد

فَإِنْ أَقَرَّ فَذَاكَ، ....

[أثبت][١] دعواي في هذه الرقعة وأنا مطالب له بما فيها، فوجهان: أحدهما: لا يقبل القاضي هذا منه حتى يذكره نطقًا بلسانه أو يوكل من ينوب عنه؛ لأن الطلب يكون باللسان دون الخط، والثاني: أنه يقرأها على الطالب ويقول: أهكذا تقول وتدعي؟ فإذا قال: نعم، سأل المطلوب عن الجواب، ولا يجوز أن يسأله قبل قراءتها على الطالب واعترافه بما تضمنته، فإن فعل المطلوب في جواب الدعوى مثل ذلك فكتب جوابه في رقعة ودفعها إلى القاضي، فقال: هذا جوابي عن الدعوى كانا في القبول والامتناع على سواء إن جوزناه في الطالب جوزناه في المطلوب، وإن منعناه في الطالب منعناه منه في المطلوب، قاله في «الحاوي» في نسخ: وفي «الفروع» زيادة وخبط وقع في نقل الوجهين أشرت إليه في «الغنية» ولم أرَ في ذلك ترجيحًا والأشبه المنع من غير حاجة إلى ذلك لخروجه عن المألوف ولما فيه من التطويل وربما ولد تهمة وظن المدعى عليه السوء بالقاضي وكذلك المدعي.

قال: (**فَإِنْ أَقَرَّ فَذَاكَ**) أي: فقد لزمه ما أقر به لكن القاضي لا يحكم عليه حتى يطالبه المدعي.

قال الماوردي: فيقول: قد أقر لك بما ادعيت فماذا تريد؟ ولا يقول: قد سمعت إقراره؛ لأن قوله قد أقر حكم بصحة إقراره، وليس قوله: قد سمعت الإقرار حكمًا بصحته.

قال: وقيل: الحكم ليس للمقر له ملازمة المقر، قال ابن الرفعة: ويجيء وجه أنه لو حكم قبل السؤال في هذه الحالة ينفذ كما لو قيل بمثله إذا حكم قبل السؤال وبعد البينة، وعن «العدة»: إنه لا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على أصح الوجهين، ولم يخص ذلك بما إذا كان الحق قد ثبت بالبينة، انتهى.

قال الماوردي: فإن لم يطالبه المدعي أمسك عنه وصرفهما، وقال

---

(١) في نسخة: (سردت).

....

الرافعي: إن أقر بالمدعى فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، قال الشيخ أبو حامد: وحينئذ يحكم بأن يقول له: اخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك وما أشبهها.

وقال في «الدعاوى»: وإذا ادعى ولم يقل للقاضي: مره بالخروج من حقي، أو سله الجواب عن دعواي فهل يطالبه القاضي؟ وجهان.

قال ابن الصباغ: الأصح: نعم، للعلم بأنه الغرض من الحضور وإنشاء الدعوى، وقال القاضي أبو سعد: الأصح: لا؛ لأنه حقه فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين.

قال في «الروضة»: والأول أقوى، وقال الماوردي: وإن سأله الحكم عليه بإقراره حكم عليه بأحد ثلاثة ألفاظ: حكمت عليك بإقرارك، أو ألزمتك ما أقررت به، أو اخرج إليه من حقه في إقرارك.

قال الرافعي: ويثبت المدعى بمجرد الإقرار أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ فيه وجهان: أحدهما: يفتقر إليه كالثبوت بعد إقامة البينة، وأصحهما: المنع فإن دلالة الإقرار على الحق بينة إذ الإنسان على نفسه بصيرة، والبينة يحتاج قبولها إلى النظر والاجتهاد، ثم ليستشكل المسألة.

وقال: إن الطبع لا يقبل الخلاف فيها، وذكر ما أوردته في «الغنية» ويحتاج إلى تأمل تام.

فَرْعٌ: إذا أقر قبل سؤال القاضي أو بعده، وقد صدر بدون إذن المدعي واعتبرنا إذنه في صحة السؤال، قال الماوردي: فإقراره يؤخذ به، لكن في حكم القاضي به خلاف، والقضاء بالعلم فإن أجزناه أمسك عن سؤاله لاعترافه بالمراد منه، وإن منعناه صار شاهدًا فيه ولم يجز أن يحكم به إلا أن يقر بعد سؤاله، ويكون وجوب السؤال باقيًا، ولو كان المدعي قد انفرد بسؤال المدعى عليه بعد الدعوى لا يلزمه الجواب، لكن لو أجاب بإقرار أو إنكار فهل يقوم سؤاله مقام سؤال القاضي؟ فيه وجهان يبنيان على أن للقاضي التفرد بالسؤال

وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي: لَكَ بَيِّنَةٌ، وَأَنْ يَسْكُتَ، ....

من غير طلب أم لا؟ فإن قلنا: بالأول لم يقم مقامه كما لو أقر قبل السؤال، وإن قلنا: بالثاني قام مقامه وكان كإقراره بعد سؤال القاضي المعتد به، هذا حاصل كلامه في آخر الباب، وقال قبله نحو كراسة: فإن قدم المطلوب الإقرار قبل استيفاء الدعوى لزمه الإقرار ويسقط جوابه عن الدعوى إذا وافقت [إقراره][(١)] وإن قدم الإنكار لم يقنع به في الجواب وطولب به بعد استيفاء الدعوى؛ لأن الإقرار التزام فجاز تقديمه والإنكار إسقاط فلم يجز تقديمه.

وعنه كلام آخر في الإقرار عند الحاكم قبل سماع الدعوى أو من غير دعوى ذكرته في «الغنية» عند الكلام في قضاء القاضي بعلمه.

قال: (**وَإِنْ أَنْكَرَ**) أي: والدعوى فيما لا قسامة فيه.

(**وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**) لقوله ﷺ للحضرمي: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**» قال: لا، قال: «**فَلَكَ يَمِينُهُ**» رواه مسلم.

قال: (**وَأَنْ يَسْكُتَ**) أي: تحررًا من اعتقاد ميل، وقيل: لا [يقل][(٢)] شيئًا؛ لأن قوله: ألك بينة؟ كالتلقي.

وقال الإمام: إنه ليس بشيء، وقيل: إنما يسكت إذا علم المدعي أن ذلك موضع إقامة البينة، وهذا ما أفهمه كلام «المهذب» وأنه على وجه الوجوب وعلى ما في «المهذب» جرى جماعة منهم صاحبا «البيان» و«الترغيب».

وقال الماوردي في أوائل باب ما على القاضي في الخصوم: وإن أنكر بعد استيفاء الدعوى فقد اختلف فيما يختار أن يقول القاضي للطالب فاختار بعض أصحابنا أن يقول له: قد أنكرك ما ادعيته فماذا تريد؟ وقال آخرون منهم: الاختيار أن يقول: قد أنكرك ما ادعيت فهل لك من بينة؟ وهو الأشبه للحديث، ثم قال في آخر الباب: وإن أنكر فيجوز للقاضي أن يقول للمدعي: قد أنكرك، ويجوز أن يقول له: قد سمعت إنكاره، ويكون القاضي في إخباره بالإنكار بين خيارين إما أن يقول له: قد أنكرك فهل لك بينة؟ وإما أن يقول له: قد أنكرك فما

---

(١) في نسخة: (الإقرار).
(٢) في نسخة: (يقبل).

فَإِنْ قال: لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ فَلَهُ ذَلِكَ، ....

عندك فيه، والأول أولى مع من جهل، والثاني أولى مع من علم وهذا حسن، وأغرب أبو الحسن الديلمي فقال: وإن أنكر، قال القاضي للمدعي: أمعك بينة؟ ولا ينبغي أن يقول: ألك بينة؟ فإنه إذا قال: لا بينة لي، ثم أقام البينة بعد ذلك لم تقبل منه، أي: على ما رجحه هو من الوجهين لتقدم اعترافه بألا بينة له، قال: فيجب أن يقول: أمعك بينة؟ حتى إذا قال: لا بينة معي لم يضره بلا خلاف، ثم حكى أن من الناس من سمع البينة من الجاهل دون العالم، قال: وإذا احترز القاضي، وقال: أمعك بينة؟ يخلص من هذا كله، انتهى.

وما قاله حسن لولا مخالفته للفظ الحديث.

قال: (**فَإِنْ قال: لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ فَلَهُ ذَلِكَ**) أي: على المشهور، وقول الجمهور ومنهم الرافعي هنا قال: لأنه إن تورع عن اليمين وأقر سهل الأمر على المدعي واستغنى عن البينة، وإن حلف أقام البينة وأبان كذبه وخيانته فله في التحليف إذن عرض ظاهر، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن ذكر أن له بينة غائبة أحلفه قطعًا، وإن ذكر أنها حاضرة فوجهان: الأظهر من مذهب الشافعي: أن له إحلافه لما سبق، والثاني وهو قول أبي حنيفة: المنع؛ لأن مقصود المدعي إثبات الحق دون إسقاطه، وصححه القفال في «الفتاوى» وعبارته: من أصحابنا من قال: على الحاكم تحليفه، والصحيح عندي أنه لا يجب على الحاكم تحليفه، بل يقول: أحضر البينة، وعلى هذا لو كانت البينة حاضرة فقال: حلفه لعله يقر، فلا يجوز وجهًا واحدًا، وكذا لو أقام البينة فقبل أن يحكم قال: لا نحكم بشيء حتى يحلفه [لم يسمع منه إلا أن يريد أن بينته باطلة]، انتهى.

وأبديت في «الغنية» في موضع الوجهين كلامًا ينفع الوقوف عليه، وفي «الروضة»: قبيل باب السكون من «فتاوى» القفال وغيره أنه لو أقام المدعي البينة، ثم قال للقاضي: لا تحكم حتى يحلفه [بطلت بينته] لأنه كالمعترف أنها مما لا يجوز الحكم بها.

أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

زاد: قلت: هذا مشكل فقد يقصد تحليفه ليقيم بعده البينة ويظهر إقدامه على يمين فاجرة وغير ذلك من المقاصد لا التي لا تقتضي قدحًا في البينة، والله أعلم، انتهى.

وهذا غير مطابق لما نقلناه من أصل «فتاوى» القفال وربما انبسط الكلام في الفرع من بعد.

قال: (**أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) له أحوال:

إحداها: أن يقول لا بينة لي حاضرة فحلفه القاضي، ثم جاء ببينة سمعت فلعلها حضرت.

الثانية: أن يقول: لا بينة لي مقتصرًا عليه، قال البغوي: هو كقوله: لا بينة لي حاضرة، ومنهم من قال: هو كقوله: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، وهو ما أورده في «الوجيز» وقال الإمام: إنه على الوجهين أيضًا مع تخيل ترتيب، وزعم ابن الرفعة أن الإمام جزم بالقبول كالبغوي، وقال الماوردي: فيه وجهان: مذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه أنها تسمع، والثاني: لا تسمع.

وفصَّل بعض أصحابنا فقال: إن كان هو الذي استوثق بإشهاد البينة لم تسمع، وإن كان قد استوثق بها وليه أو وكيله قبلت؛ لأنه لا يجهل فعل نفسه ويجهل فعل غيره.

قال: وهذا لا وجه له أي: لأنه قد ينسى ثم يتذكر أو تحملت البينة ولم يشعر بها وغير ذلك.

الثالثة: أن يقول: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، أو قال: كل بينة أقيمها فهي باطلة أو كاذبة أو بينة زور، ثم جاء ببينة فوجهان قال الرافعي: أظهرهما على ما ذكر الغزالي والعراقيون: أنها تسمع؛ لأنه [ربما لم][1] يعرف أو نسي ثم عرف أو تذكر، والثاني: المنع للمناقضة.

---

(١) في نسخة: (الحاكم).

....

قلت: ونسبه الماوردي والروياني إلى الأكثرين في قوله: لا حاضرة ولا غائبة، وما ذكراه يدفع النسبة إلى العراقيين مطلقًا، نعم صححه جماعة منهم والشيخ أَبُو عَلِيٍّ السنجي والعمراني وسكت آخرون عن الترجيح، ولوح ابن الرفعة بالإنكار فقال: وادعى الغزالي والرافعي أن الأظهر القبول ـ يعني مطلقًا ـ لكن في «أشراف» الهروي: أنه لو قال: كل بينة لي بعد اليمين أو قبلها هي بينة زور أو كاذبة فأقامها قبلت على النص؛ لأنه يجوز ألا يعرفها أصلًا، وقال بعض أصحابنا: لا تقبل؛ لأنه سبق منه تكذيبها، وفي «روضة الحكام» لشريح الروياني: لو قال: لا بينة لي أصلًا، وعرفت باطن الحال وظاهره، ثم أقام البينة ففي قبولها وجهان، وقيل: لا تقبل إلا إذا قال: عرفت هذه البينة بعدما قلت ذلك، ولو قال: ما لي شهادة عند فلان وفلان ثم شهدا له بذلك حكى جدي فيه وجهين، وكذا لو قال: كل شهادة يشهد لي فلان وفلان فهي باطلة ثم شهدا له، ولو قال: لا شهادة لي على فلان ثم شهد وقال: علمت بذلك قبل وجهًا واحدًا، ولو قال: كل حق يثبت لي عليك بشهادة فلان وفلان فأنت بريء منه لم تصح البراءة، وهل يكون جرحًا لشهوده؟ وجهان، ولو قال: لا شهادة عندي لفلان ثم شهد وقال: كنت نسيت، فهل تقبل؟ وجهان حكاهما جدي، ولو قال: لا أعلم أن له عندي شهادة أو لا أتذكر، ثم قال: تذكرت أو علمت قبل قطعًا.

فَرْعٌ: قال الرافعي وغيره: لو قال: شهودي فسقة أو عبيد، ثم أتى ببينة قبلت إن مضى زمان قابل للعتق والاستبراء.

قلت: هذا ظاهر فيما إذا اعترف أن هذه البينة هي التي نسب إليها ذلك، أما لو أحضر بينة عن قرب، وقال: هذه بينة عادلة جهلتها أو نسيتها غير تلك، ثم علمت وتذكرت، فيشبه أن يقبل ولا سيما إذا كانت حرية المحضرين وعدالتهم مشهورة.

فَرْعٌ: لو قال المدعي بعد إنكار المدعى عليه، وقوله: ما لك علي شيء، نعم بطلت دعواه إن كان عالمًا وإلا فوجهان، قال الماوردي كما ذكرنا في «الإقرار»: قلت: وقد جرت عادة كثيرين من الناس إذا لم يفهم ما قيل له يقول:

....

نعم يعني ما قلت لي؟ يستفهم بها فإذا كان المدعي ممن جرى عرفهم بذلك، وقال: أردت بقولي: نعم الاستفهام ينبغي أن تقبل منه، ولا سيما عند خفاء صوت خصمه أو لثقل سمعه هو فرع «المذهب» والمشهور أن القاضي لا يحلف المدعى عليه قبل المدعي، فلو فعل قبل الطلب لم يعتد بها، وقيل: يعتد بها.

قال الروياني: وهو غلط، وعن القفال الشاشي أنه المذهب، وصححه السرخسي، قال القاضي الحسين: والذي قاله أكثر أصحابنا الأول، وعبارة شريح الروياني: وإن أنكر حلفه القاضي إن طلب المدعي يمينه، وإن لم يطلب يمينه ولم يخاصمه لم يحلفه، وإن خاصمه ولم يطلب يمينه قال أصحابنا: لا يحلفه وهو قول أبي حنيفة، وقال القفال الشاشي: المذهب أن للقاضي تحليفه، انتهى.

وعلى المشهور قال الإمام: حق على القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردت وإلا فأقطع طلبك عنه واترك رفعه إلى مجلس الحكم، وكما لا يعتد باستحلاف القاضي قبل الطلب لا يعتد به بعد الطلب، وقيل: إحلاف القاضي صرح به القاضي الحسين، وفي «الحاوي»: إنه هل يجوز للقاضي أن يعرض اليمين قبل مسألة المدعي إذا لم يعتد باليمين قبل الطلب؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز؛ ليعلم إقدامه عليها ويحذره، وحكى شريح الوجهين عن رواية جده أبي العباس أحدهما: ليس له ذلك، والثاني: له ذلك، قال ابن سريج: وهو ظاهر قول الشافعي رضي الله عنه، انتهى.

وقال الماوردي في باب موضع اليمين: لو فوض الحاكم إلى الحالف اليمين فاستوفاها على نفسه كان الحاكم مقصرًا، وهل يجوز؟ فيه وجهان محتملان أحدهما: يحتسب بها؛ لأنها باجتهاد الحاكم وعن أمره، والثاني: لا؛ لأنها تصير محمولة على نية الحالف وهي مستحقة على نية المستحلف فكانت غير المستحقة.

فَرْعٌ: لو قال المدعي للمدعى عليه: قد أبرأتك من اليمين سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى وله استئناف الدعوى وتحليفه ذكراه في «المهذب» و«التهذيب».

وَإِذَا ازْدَحَمَ خُصُومٌ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ، فَإِنْ جَهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعًا أُقْرِعَ.

قال ابن الرفعة: ويظهر أنه مبني على مذهب العراقيين الذي سنذكره، أما إذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر ألا تسوغ الدعوى عليه ثانيًا، انتهى. وفيما قاله وقفة للمتأمل.

وقال شريح الروياني: لا يجوز أن يفتدي عن اليمين بشيء يعطيه خلافًا لمالك، ولو قال المدعي: [أبطلت][(١)] مطالبتي بتحليفه لم تسقط عنه اليمين بذلك، وحكى جدي عن بعض أصحابنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يصح وله أن يحلفه.

والثاني: يصح كما لو أبرأه من الحق لم تكن له مطالبته به، انتهى.

وهذا ينازع ما في «المهذب» و«التهذيب».

قال: **(وَإِذَا ازْدَحَمَ خُصُومٌ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ فَإِنْ جَهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعًا أُقْرِعَ)** يستحب للقاضي أن يقدم كل يوم ثقة إلى مجلس حكمه حتى يثبت أسامي الخصوم، ويكتبها الأول فالأول، والأسبق، فالأسبق، فإذا جلس للحكم تقدم من سبق على الترتيب، فلو ضاق ذلك المجلس الأول عن استيعابهم بدأ في المجلس الثاني بالذين تأخروا في المجلس الأول على ترتيبهم في السبق ويقدمون على من [حضر] في المجلس الثاني قبلهم، وهكذا يفعل في المجلس الثالث والرابع.

قال الأصحاب: والاعتبار في السبق بحضور المدعي دون المدعى عليه إذا [عرف][(٢)] هذا فجاؤوا على التعاقب وعرف الترتيب بما ذكرناه [أو ببينة] أو [بالتصادف][(٣)] قدم منهم الأسبق فالأسبق رعاية للسبق، وإن جاؤوا معًا أو لم يعرف الترتيب أقرع بينهم، وقدم القارع هكذا أطلقه مطلقون.

وقال الرافعي وغيره: يقدم من قرع فإن كثروا وعسر الإقراع [كتبت][(٤)] أسماؤهم في رقاع وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدًا واحدًا وتسمع

---

(١) في نسخة: (بطلت).
(٢) في نسخة: (عرفت).
(٣) في نسخة: (بالتصادق).
(٤) في نسخة: (كتب).

وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِزُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا، ....

دعوى من خرج اسمه في كل مرة، انتهى.

وهذا قريب من الإقراع، بل جعله الروياني إقراعًا.

وذكر الهروي والروياني في «الحلية»: إنه إذا استوى جماعة في [الحضور][١] أن القاضي يقدم من شاء إن شاء بقرعة وإن شاء باجتهاده.

قال الروياني: والقرعة أولى، والمشهور الإقراع عند التنازع، وظاهر كلامهم يحتمه؛ لئلا ينسب إلى الميل والمحاباة.

قال: (**وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِزُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا**) قال الرافعي: ولا يقدم بعض المدعين بشرف وغيره إلا في موضعين: أحدهما: إذا كان المدعون مسافرين [مستوفزين] وهم الذين شدوا الرحال ليخرجوا ولو أخر أمرهم [تخلفوا][٢] عن رفقائهم فإن قلوا قدموا؛ لئلا يتضرروا بالتخلف، وإن كثروا لمساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم كالحجيج بمكة لم يقدموا وكانوا كالمقيمين، فيراعى السبق والقرعة.

وفي «المهذب» وغيره وجه أنه لا يقدم بالسفر أصلًا، انتهى.

قلت: وودت لو فرق بين مسافر لنزهة ولعب وغيره.

وعبارة الإمام: إن قل المسافرون وهم على وقار، وربما ينقطعون عن الرفاق لو أخَّروا فالأصح أن القاضي لو أراد تقديم المسافرين ورآه رأيًا فله ذلك.

وقال الماوردي: إن قلوا قدمهم القاضي، واختلف أصحابنا هل يعتبر في بقائهم استطابة نفوس المقيمين؟ على وجهين: أحدهما: لا ويجوز له تقديمهم وإن كره المقيمون، والثاني: نعم فإن أبوا لم يجبروا لاستحقاقهم التقديم بالسبق فحصل في المسألة وجوه.

قال الرافعي: وينبغي ألّا يفرق بين أن يكون المسافر مدَّعيًا أو مدّعى عليه، والثاني: لو كان في الحاضرين نسوة ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن

---

(١) في نسخة: (الخصومات). (٢) في نسخة: (لتأخروا).

وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى.

قدمهن، وفيه وجه آخر أنهن لا يقدمن وليكن التقديم فيما إذا لم يكثرن كما مر في المسافرين، انتهى.

والظاهر أن الكلام في النساء الخلص أما لو كان أحد الخصمين رجلًا والآخر امرأة فهل الحكم كما لو كانا امرأتين طلبًا لستر المرأة؟ لم أرَ فيه شيئًا وقد يفرق بين أن تكون طالبة أو مطلوبة، فإن كانت طالبة قُدِّمت وإلا فلا، ولا يبعد أن يجعل العجز الهرِم كالرجال بخلاف الشابة الجميلة ونحوها.

قال: **(وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى)** أي: واحدة لئلا يتضرر الباقون إلا أن يرضوا بذلك، بل ينصرف ثم يحضر في مجلس آخر، وينتظر فراغ دعاوى الحاضرين فحينئذ تسمع دعواه الثانية وغيرها إن لم يضجر القاضي، قال الرافعي: ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على المدعى عليه الدعوى الأولى أو غيره، وفيه وجه أن الزيادة على الدعوى الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه، ويجعل اتحاد المتداعيين كاتحاد الدعوى، ثم القائلون بهذا منهم من أطلق وقيَّد في «الوسيط» فقال: تُسمع إلى ثلاث دعاوى.

قلت: وكلام الدارمي يُفهم أنه إنما تسمع منه دعوى ثانية فقط، حيث قال: فإن ادَّعى آخر دعوى لم تسمع، فإن ادَّعى على خصمه دعوى آخر، قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز، انتهى.

وقال القاضيان الهروي وشريح الروياني: إن الإصطخري قال: تجوز الدعاوى، أي: من مدعٍ واحد على رجال، ولا تجوز على رجل واحد، قالا: وليس بقوي.

قال الرافعي: وتسمع على من ادَّعى عليه دعوى ثانٍ وثالث؛ لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد المدعون، انتهى.

وهذا فيما إذا كان المدعي ثانيًا وثالثًا مترتبين على المدعي الأول وإلا فلا يتقدمون على غيرهم، وحكى ابْن كَجٍّ هاهنا وجهين غريبين:

أحدهما: إن المقدم بدعوى واحدة لا تسمع منه الدعوى الثانية إلا في

....

مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من سماع دعوى الحاضرين فعليهم بعد ذلك ترفيهه.

الثاني: لا يسمع على الواحد إلا دعوى واحدة، كما لا يسمع من المدعي إلا دعوى واحدة، انتهى.

وقال الدارمي: وإذا كان لجماعة على واحد دعاوى سمع من جميعهم ولا يسمع من واحد دعوتين، فإن عاد في آخرهم وقد جاء بعدهم قوم فهل يقدّمه؟ على وجهين.

تنبيهات وفروع:

منها: تقديم القاضي الأول فالأول على سبيل الوجوب كما اقتضاه كلام «الحاوي» وغيره.

قال الماوردي: على القاضي أن يُقدِّم السابق، ثم قال: فإذا وجب تقديم أحدهم بالسبق أو القرعة لم يجز أن يقدم عليه غيره فيصير بتقديمه جائزًا، فَإِنْ قَدَّمَ مَسْبُوقًا عَلَى سَابِقٍ بِغير طِيبِ نَفْسٍ منه ظَلَمَهُ ونفذ حُكْمُهُ لِلْمَسْبُوقِ، انتهى.

ولكن هذا فيما إذا قدم المسبوق جورًا، أمَّا لو قدَّمه باجتهاد لمعنى ظهر له فلا جور، نعم إذا عصيناه بالتقديم جورًا فيجيء في نفوذ حكمه إذا تكرر منه ذلك، وفي تفسيقه وعدم نفوذ حكمه الخلاف المذكور في تكرر الصغيرة.

ومنها: قال الماوردي: إذا كَانَ الْمسبُوقُ مَرِيضًا يَسْتَضِرُّ بِالصَّبْرِ، فإن آثره الباقون فهو أَوْلَى بِهِمْ، وَإِنْ شَاحُّوهُ قَدَّمَهُ الْقَاضِي إِنْ كَانَ مَطْلُوبًا لا طالبًا؛ لِأَنَّ الْمطلُوبَ مُجْبَرٌ وَالطَّالِبَ مُخَيَّر، انتهى.

وقضية هذا مجيئه في المرأة والمسافر، وقد قال الرافعي: وما ينبغي أن يفرق بين أن يكون المسافر مدعيًا أو مدعى عليه.

ومنها: قال الرافعي: إن تقديم المرأة والمسافر ليس بمستحق، وإنما هو نوع رخصة، وبذلك يشعر لفظ «المختصر» ويوافقه قوله في «الوجيز»: إن رأى فيه مصلحة، ومنهم من يشعر إيراده بالاستحقاق.

....

وعبارة «الروضة»: ليس بمستحق على الصحيح هو رخصة وهذا ظاهر نصه في «المختصر» ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق.

زاد، **قلت**: المختار أنه مستحب لا يقتصر على الإباحة، انتهى.

وفي انطباق كلامه على كلام الرافعي نظر من وجهين، وعبارة «النهاية» و«البسيط» و«الوسيط» مصرَّحة بأن الكلام في الجواز.

وعبارة «البسيط»: لو اجتمع مسافرون ومقيمون جاز له تقديم المسافرين إن رأى المصلحة فيه، وذلك إن حضر خصومهم وكانوا على وفاق ولم يظهر الضرر على الآخرين بالقدر من التأخير، وكذلك تقديم النساء على الرجال.

وعبارة الْمَحَامِلِيّ في «المقنع»: وأكثر الكتب تبعًا للنص، ولا بأس أن يبدأ بالمسافرين إلا أن يكثروا . . . إلى آخره.

ومنها: قول الرافعي في المسافرين: وإن كثروا لمساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم كالحجيج بمكة لم يقدموا، قد يُفهم أن المسافرين الحاضرين المجلس للخصومة تعايروا في القِلة وأكثر بأهل البلد.

وعبارة غيره: إلا أن يكثروا، فإن كانوا مثل المقيمين أو أكثر، وقضيتها اعتبار الخصوم بعضهم ببعض لا غير وهي أجود، وعليها ينزل كلام الرافعي.

ومنها: قال الرافعي: ثم لا يخفى أن السفر والأمومة إنما يقتضيان التقديم على المقيمين وعلى الرجال، فأمَّا المسافرون بعضهم في بعض، والنسوة بعضهن في بعض، فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة، انتهى.

ويشبه أن يقال: تَقْدِيمُ الْمُسَافِرِ الَّذِي شَدَّ رَحْلَهُ وَخَافَ الضَّرَر بتخلفه عن الرفقة على المسافر الذي لَا يَخْشَى التَّخَلُّفَ عَنْ الرُّفْقَةِ أَوْ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ؛ لِكَثْرَةِ الرِّفَاقِ، وَأَمْنِ الطَّرِيقِ، وَقُرْبِ مَقْصِدِهِ، وَأَنْ يُقَدِّمَ الْمُسَافِرَ لِضَرُورَةٍ أَوْ حَاجَةٍ مُعْتَبَرَةٍ عَلَى الْمُسَافِرِ لِنُزْهَةٍ وَبَطَالَةٍ كما أشرنا إليه من قبل.

ومنها: قال بعض من أدركنا تفقهًا: ويحسن أن يقال: تقدم المسلم على الكافر كالرقعة في المجلس، أو يجعل على الخلاف في المسألة وإلا

....

فما الفرق، انتهى.

وقضية قول الغزالي: ولا يقدم تفضيله إلا إن المسافر . . . إلى آخره يقتضي أنه لا يقدم المسلم على الكافر، وما ذكره محتمل وفي الفرق للرضا عسر، والله أعلم.

ومنها: قال الرافعي: المقدم بالسفر يجوز أيضًا ألَّا يتقدم إلا بدعوى واحدة، ويجوز أن يتقدم بجميع دعاويه؛ لأن الغرض من تقديمه ألَّا يتخلف عن رفقائه، ويجوز أن يقال: إذا عرف له دعاوى فسبيله سبيل المقيمين؛ لأن في تقديمه بجميع الدعاوى إضرار بغيره، وتقديمه بدعوى واحدة لا يحصل الغرض زاد في «الروضة».

قلت: الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة أو خفيفة بحيث لا يضر بالباقين إضرارًا بيّنًا قدم بجميعها وإلا فيقدم بواحدة؛ لأنها ما دون فيها، وقد يقنع بواحدة ويؤخر الباقي إلى أن يحضر، والله أعلم، انتهى.

لكن لو علم القاضي أنه لا يقنع وأنه يتخلف لبقية دعاويه وحقوقه فلا وجه لتقديمه بواحدة، بل إمَّا أن يقدم بالكل أو لا يقدم شيء، والله أعلم.

ومنها: إذا قدَّمنا السابق من المقيمين أو غيرهم بدعوى واحدة فهل المراد التقديم بنفس الدعوى وجوابها من الخصم؟ ثم إن تأخر الحكم، أو فصل الخصومة لإحضار بينة، أو تزكية، أو تغليظ يمين، أو إحضار دافع مع تقارب الوقت أن القاضي يسمع دعوى من بعده من السابقين، وهكذا إلى أن يحضر المدَّعي الأول بينة أو تزكية، فيشتغل بإتمام حكومته حينئذ أو أنه لا يسمع دعوى غيره حتى ينهي خصومتهما لم أر فيه شيئًا، والأقرب: الأول، وعليه العمل ولا وجه لتعطيل الخصوم من غير اشتغال القاضي بشيء، ويحتمل غيره إن قرب الوقت لئلا تختلط عليه الخصومات ويتشتت فهمه ويكثر اللغط والتنازع من الخصوم، وسيأتي عن «الحاوي» شيء يتعلق بهذا، ويأتي مثل هذا التردد في المسافر والمقيم وفي سائر من تقدمه لسبق أو غيره.

....

ومنها: إذا تنازع الخصمان، وزعم كل منهما أنه المدعي.

قال الأصحاب: وإن سبق أحدهما إلى الدعوى لم يلتفت إلى قول الآخر أني كنت المدعي، بل يقال له: أجب دعواه، ثم ادعِ عليه إن شئت، وإن لم تسبق الدعوى من أحدهما.

قال الرافعي: سأل القاضي العون، أي: الثقة المقبول الخبر، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بيّنة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه، قال: استوي الطرفان أقرع بينهما، فمن قرع ادعى، وقيل: يقدم القاضي أحدهما باجتهاده، انتهى.

وفي «الحاوي» وجه آخر: أن القاضي يصرفهما حتى يتفقا على ابتداء أحدهما.

وقال شريح الروياني بعد التصوير: حكى ابن المنذر عن قوم أنه يقرع بينهما، وعن قوم أن الحاكم يقدم من أراده، وعن قوم أن الحاكم يصرفهما ليعودا من بعد، وعن قوم أنه يحلف كل واحد منهما أن صاحبه لم يحضره ولم يحضر قبله ثم يصرفهما.

قال جدي: من أصحابنا من خرج على هذه الأقاويل، ومنهم من قال: المذهب الإقراع، انتهى.

والثلاثة الأول في كلام الأصحاب والرابع التحليف غريب، ووجهه إن عرض اليمين قد يستخرج الصدق، فإن حلف أحدهما قدَّمه أو حلفا صرفهما حينئذ، وحكى الصيمري في شرح «الكفاية» عن قوم أنه يصرفهما؛ لأن ظاهرهما العبث، وقال آخرون: يقدم بالدعوى أشبهها، وقيل: بل من شاء والأولى صرف القرعة عندنا في مثل هذا، انتهى.

وبقي هاهنا تتمات كثيرة أوردتها في «الغنية».

فصل في مسائل منثورة نختم بها الفصل:

أحدها: ليس للقاضي أن يلقن أحد الخصمين دعوى ولا حجة مثل أن

....

يقول: قل كذا لما فيه من إظهار الميل وكسر قلب الخصم.

قال القاضي أبو الطيب: وضابطه ألَّا يلقن أحدهما ما هو ضرر على الآخر، ولا يهديه إليه مثل أن يقصد الإقرار فيلقنه الإنكار، أو يقصد النكول فيجريه على اليمين، أو يقصد اليمين فيلقنه النكول وليس له أن يعلم الخصم كيف يدَّعي؛ لأن فيه إعانة على خصمه، وقيل: يجوز أن يعلمه إذ لا يستضر الآخر بصحة دعواه، فإن الحق لا يثبت بقوله، قاله الإصطخري وعليه اقتصر القاضيان الهروي وشريح الروياني، والصحيح الأول وعليه سائر الأصحاب كما قاله القاضي أبو الطيب، وعلى هذا يقول له: إن حققت دعواك سمعتها وإلا صرفتك حتى تتحقق لك، ولا بأس على الوجهين بالاستفسار مثل أن يدَّعي دراهم فيقول: أصحاح أم مكسرة؟ أو قتلًا فيقول: عمدًا أم خطأ؟ ونحو ذلك صرَّح به القاضي الحسين والبغوي والرافعي وغيرهم، وحكى الإمام في كتاب القاضي إلى القاضي الخلاف فيه، لكن قال: إن ظاهر النص يميل إلى الجواز.

الثانية: لو قال القاضي للخصم: استعن بمن ينوب عنك، قال الماوردي: فإن أشار بذلك إلى الاستعانة في الاحتجاج عنه لم يجز، وإن أشار به إلى الاستعانة في تحقيق الدعوى جاز ولا يعين له من يستعين به، أي: خوفًا من التهمة، بل يقول: استنب من شئت، والخلاف السابق في تعليم الدعوى جاز في تعليم الشاهد كيفية أداء الإشهاد، صرَّح به الماوردي وغيره، وقال في «العدة»: إن الأصح الجواز فيها، وظاهر النص المنع، أمَّا إذا لقَّنه ما يشهد به لم يحرر، وربما يفيد الكلام في هذا من بعد.

الثالثة: قال أصحابنا للقاضي: أن يؤدي عن أحدهما ما لزمه؛ لأن فيه نفعًا لهما، وهل له أن يقول للمحكوم له على ضمان هذا المال مثلًا؟ فيه نظر؛ لأنه قد يتهم بالمدافعة، نعم له أن يشفع له إلى خصمه؛ لأن إجابة شفاعته إلى خبرة المشفوع إليه؛ ولأن الشفاعة إنما تكون بعد وجوب الحق وحينئذ ينبغي الميل هكذا أطلق، وينبغي أنه إذا غلب على ظن الحاكم أنه لا يشفعه لما علمه من حنقه أو شدة حاجته أو حلفه ونحو ذلك ألَّا يشفع لما فيه من الاستهانة برد

....

شفاعته، وقد يحرم بعدم الإجابة؛ لتقدم إتمامه بالطلاق وغيره أنه لا يمهله ولا يضع عنه شيئًا ولو ظن أنه يشفعه، لكن حياء من القاضي أو خوفًا لا عن طيب نفس منه ففي الجواز نظر.

الرابعة: قال أصحابنا: لا يجوز للقاضي أن ينهر الخصمين ولا أحدهما من غير سبب يقتضيه؛ لأنه إذا فعل ذلك لحقه الحصر والقصور عن القيام بحجته، وعبارة جماعة: يكره للقاضي، فإن أرادوا إكراهه التحريم فذاك وإلا فالصحيح التحريم لما ذكرناه ولما فيه من الأذى من غير موجب، نعم لو ظهر من أحدهما لدد وهو على الأصح الالتواء في الخصومة مثل إن قال: استحلفه فلمَّا شرع الحاكم في استحلافه قال: أقطع حتى أقيم البينة، أو قال لما أراد الحكم بينهما لي بينة أقيمها وانصرف، ثم عاد ورفعه ثانيًا ولم يقم بينة وما أشبه ذلك مما يعلم منه قصد الإضرار والعبث أو سوء أدب مثل: إن عرض للحاكم بأنك ظلمتني أو حكمت بغير الحق نهاه؛ ليرجع إلى الحق فيقول له: هذا لا يجوز لك فلا تبتذل الناس، فإن عاد زبره، وهو: أن يغلظ له في الكلام بأن يصيح عليه أو يتوعده، فإن عاد عزَّره إذا رآه هذا ما أورده ابن الرفعة.

وقال الروياني في «الحلية»: لو ظهر من أحدهما ما لا يحسن من القول أو الفعل زبره القاضي، فإن عاد واستحق التأديب أدبه بسؤال الخصم.

وقال الدارمي: وإن بان له من أحدهما لجاج ولدد نهاه، فإن زاد زبره، فإن زاد لم يحبسه ولم يضربه إلا أن يظهر ما يوجب ذلك فيفعله إن رآه، وفي «الترغيب»: وإن بان من أحدهما إساءة أدب في الخصام أو مشافهة الشهود بالتكذيب زجره باللسان، وإن عاد عزره ولا يضربه ولا يحبسه، انتهى.

وفي هذا الإطلاق نظر ظاهر، وقال الرافعي: من أساء من الخصوم الأدب في مجلسه بأن صرَّح بتكذيب الشهود، أو أظهر فيه مع الخصم لدد ومجاوزة حد فيزجره وينهاه، وإن عاد ثانيةً هدده وصاح عليه، فإن لم ينزجر عزَّره على ما يقتضيه الاجتهاد من التوبيخ وإغلاظ القول له بأن يقول: أنت معتد أو غير متصف، ومن الحبس والضرب ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد.

....

وعن الإصطخري أنه على قولين، وذكر في «تتمة التتمة»: إنه إنما يضربه بالدرة دون السياط؛ إذ الضرب بالسياط من شأن الحدود وهذا غير مسلم، بل الضرب بالسياط مشروع في غير الحدود، ألا ترى من لفظ الشافعي في تعزير القاضي شاهد الزور قال: عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطًا، انتهى.

وقال ابن شداد عن «الحاوي»: اختلف أصحابنا في اللدد، فقال البصريون: هو الشدة في الخصومة، وقال البغداديون: هو الالتواء عن الحق، فيبدأ القاضي بنهيه من غير زجر ولا زبر، فإن لم ينكف قابله بِالزَّجْرِ وَالزَّبْرِ قولًا، ولا يتعداه إلى الضرب والحبس، ويكون ذلك على قدر لدده، وقيل: على قدر منزلته، وإن لم ينكف عاد بعد الثالثة إلى الضرب والحبس وتعزيرًا مجتهدًا فيه، فإن كان في لدده فحش وشتم ضربه بالعصي أو بالنعل على مقداره، وإن كان لدده تمانعًا عن الحق وخروجًا عن الواجب حبسه، وإن جمع بين الأمرين جمع في التأديب بين الضرب والحبس، قال: وينبغي ألَّا يكون القاضي في تعزير عسوفًا ولا ضعيفًا مهينًا.

الخامسة: قال الْمحَامِلِيّ والعمراني وغيرهما: إذا أغلظ الخصم للحاكم بالقول بأن يقول: جرت عليّ في الحكم، أو حكمت عليّ بغير حق وما أشبهه فعل الحاكم ما يرى فيه مصلحة من تعزيره أو تركه، فإن كان الخصم جاهلًا يرى إن ترك تعزيره للعجز عنه عزَّره؛ لئلا يتسلط عليه بأكثر من ذلك، وإن كان عاقلًا إلا أنه أخطأ في ذلك زجره بالكلام، وهذَّب الرافعي ذلك فقال: لو اجترأ خصم على القاضي، وقال: أنت تجور أو تميل، أو أنت ظالم جاز له أن يُعزره وأن يعفو، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه، والتعزير أولى إن حمل عليه، انتهى.

وقال الروياني في «الحلية»: وإن أغلظ أحدهما في القول للحاكم، أو استقبله بما لا يجوز، فإن احتمله فحسن، وإن أدَّبه فجائز.

قلت: ويشبه أن يقال: الأولى في هذا الزمان تعزير الجاهل والعاقل جميعًا، أمَّا الجاهل فلما سبق، وأمَّا العاقل فليرتدع به غيره من الجهال؛ لئلا

وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ، لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ.

يعتدوا به في سفهه إذا خوصموا إلى الحاكم ويظنوا أنه إنما تركه عجزًا وضعفًا، ولا سيما إذا اشتهر شتمه للقاضي، واستفاض بخلاف ما إذا لم يظهر، وينبغي للقاضي ألَّا يقصد الانتقام لنفسه بل لمنصب الشرع، والأحسن في هذا الزمان رفعه إلى قاضٍ غيره أو والٍ آخر؛ ليؤدبه على فحشه، فإنه أسلم للقاضي وأبرأ لساحته.

قال: (**وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ، لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ**) لمخالفة قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] والإجماع منعقد على قبول كل عدل ولما فيه من التضييق والمشقة على الناس؛ إذ يتحمل الشهادة غيرهم، فإذا لم يقبلهم ضاع الحق، وعبارة جماعة: يكره للقاضي اتخاذ شهود معينين ويحرم عليه ألَّا يقبلهم، وعبارة شريح الروياني: ليس للحاكم تعيين الشهود في البلد، بل شهادة من استجمع الشرائط مقبولة، فإن التعيين تصنيفٌ على الناس، وجوَّزه بعض أصحابنا، وكان المراد مع قبول غيرهم.

قال: وله أن يعين من يكتب الوثائق في أصح الوجهين، وإلى الحاكم تعيين المعدلين والمزكّين، انتهى الماوردي.

أمَّا تمييز الشهود وتعيينهم من جميع الناس حتى يعتمد الحاكم عليهم، ولا يسمع شهادة غيرهم كالذين عليه الناس في زماننا فهو مستحدث، أول من استحدثه: إسماعيل بن إسحاق القاضي، وكان مالكيًا ميَّز شهوده، واقتصر على الحكم شبهًا، ولم يقبل شهادة غيرهم، وتلاه من تعقبه من القضاة إلى وقتنا؛ ليكون الشهود أعيانًا معدودين حتى لا يستشهدوا بمجهول العدالة فيعزروا ولا يطمع في الشهادة غير مستحق لها فيسترسلوا، وهذا مكروه من أفعال القضاة؛ لأنه مستحدث خولف فيه الصدر الأول، وليس يكره أن يكون له شهود يقبلهم، وإنما المكروه ألَّا يقبل غيرهم اقتصارًا عليهم؛ لأن في الناس من العدول أمثالهم فلم يجز أن يقتصر على بعض العدول دون بعض، وقد عمَّ الله تعالى ولم يخص؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَتَجَدَّدُ لِلنَّاسِ حُقُوقٌ يَشْهَدُهَا مَن اتَّفَقَ، فَإِذَا لَمْ يَسْمَعْ إِلَّا شَهَادَةَ مُعَيَّنٍ بَطَلَتْ؛ وَلِأَنَّ فِي التَّعْيِينِ مَشَقَّةً؛ وَلِأَنَّ مَنْ قَلَّتْ أَمَانَتُهُ مِنَ النَّاسِ إِذَا عَلِمُوا

وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ، وَإِلَّا وَجَبَ الِاسْتِزْكَاءُ،

أنه لَا تُقْبَلَ فِيهِمْ شَهَادَةُ مَنْ حَضَرَهُمْ تَجَاحَدُوا، وَإِذَا لَمْ يَعْلَمُوا تَنَاصَفُوا، انتهى.

وفهم ابن الرفعة أنه أراد كراهة التنزيه، فقال: وهذا المنع، قال في «الحاوي»: إنه مكروه، وتبعه صاحب «البحر» والذي جزم به أبو الطيب وغيره أن ذلك حرام وأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع، انتهى.

والماوردي صرَّح بأنه لا يجوز الاقتصار على بعض العدول ومراده كراهة التحريم، وبالجملة فالصواب: الجزم بتحريم رد شهادة العدل غير المعين بغير سبب يقتضي ردّها، ولا أحسب أحدًا من الأمة يخالف في هذا، ومن أطلق الكراهة فمراده كراهة التحريم، كما دلَّ عليه كلام الماوردي، أو أنه يكره للقاضي تعيين شهود مع قبول غيرهم؛ لما فيه من المشقة وخوف التهمة؛ وللمغالاة في الأجرة إذا كانوا يرتزقون على الشهادة، كما هو الغالب في الأمصار في هذه الأعصار.

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ**) أي: في الطرفين ولا حاجة إلى تعديل في الأولى وإن طلبه الخصم خلافًا لأبي حنيفة، هذا هو المذهب، وفيه خلاف ضعيف ذكرناه في فصل القضاء بالعلم.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعرف منهم عدالة ولا فسقًا.

(**وَجَبَ الِاسْتِزْكَاءُ**) أي: فلا يجوز له قبول شهادتهم والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل، سواء طعن الخصم فيه أم سكت، وسواء في ذلك الشهادة بالمال وغيره؛ كالقصاص، والحدود، وغيرها.

وروى ابْن كَجٍّ وجهًا: إن الاستزكاء إنما يجب إذا طلبه الخصم؛ لأنه حقه.

وفي «العدة»: لو استفاض فسق الشاهد بين الناس فلا حاجة إلى البحث والسؤال، وينزل المستفيض منزلة المعلوم، وسكت الشيخان عليه، وفيه شيء؛ لكثرة الكذب في زماننا، وتجد الشيء يشتهر غاية الشهرة ثم يتبين أنه لا أصل له، ثم شرع المصنف في بيان كيفية الاستزكاء.

بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ وَكَذَا قَدْرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَبْعَثَ بِهِ مُزَكِّيًا ثُمَّ يُشَافِهُهُ الْمُزَكِّي بِمَا عِنْدَهُ، وَقِيلَ: تَكْفِي كِتَابَتُه.

قال: **(بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمشهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ وَكَذَا قَدْرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ وَيَبْعَثَ بِهِ مُزَكِّيًا ثُمَّ يُشَافِهُهُ المزكِّي بِمَا عِنْدَهُ، وَقِيلَ تَكْفِي كِتَابَتُهُ)** هذا الفصل معقود لبيان كيفية الاستزكاء وكيفيته، وما يعتبر فيه، وهو أصل عظيم من أصل القضاء، وقد أُهمل في هذه الأعصار، وقلَّ الاعتناء به جدًّا.

قال الرافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا أراد القاضي البحث عن حال الشهود وكتب اسم الشاهد وكنيته إن اشتهر بها، وولاءه إن كان عليه ولاء واسم أبيه وجده وحليته وحرفته وسوقه ومسجده، وكل ذلك؛ لئلا يشتبه بغيره، فإن كان مشهودًا وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف اكتفى به، ويكتب في الكتاب المشهود عليه، فقد يكون بينه وبين الشاهد عداوة، واسم المشهود له قد يكون بينه وبين المشهود له ولادة أو شركة، أي: وغير ذلك مما يمنع قبول الشهادة.

وقال الماوردي: لَا يَخْلُو حَالُ مَنْ خَفِيَتْ ولادته من الشهود من أَنْ يَرَاهُمْ عَلَى كَمَالٍ أَوِ اخْتِلَالٍ، فَإِنْ رَآهُمْ عَلَى وُفُورِ الْعَقْلِ وَشِدَّةِ التَّيَقُّظِ وَظُهُورِ الْحَزْمِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى اخْتِبَارِهِمْ وَأَنْ تفرَّقَوا لِسُؤَالِهِمْ وَاقْتَصرَ عَلَى إِثْبَاتِ أَسْمَائِهِمْ واختيارهم؛ لِيَتَوَلَّى أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ الْبَحْثَ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَإِنْ رَآهُمْ عَلَى اخْتِلَالٍ مِنْ الْحَزْمِ وَضَعْفِ الرَّأْيِ وَاضْطِرَابِ الْعَقْلِ اخْتَبَرَهُمْ قبيلَ إِثْبَاتِ أَسْمَائِهِمْ وَاخْتِبَارُهُمْ يَكُونُ بِتَفْرِيقِهِمْ، وَسُؤَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى انْفِرَادِهِ عَنْ صِفَةِ شَهَادَتِهِ، وسَبَبِهَا، وَزَمَانِهَا، وَمَكَانِهَا لِوُرُودِ الشَّرْعِ بذلك عِنْدَ الِارْتِيَابِ.

ثم ذكر في ذلك آثارًا عن داود ودانيال عَلَيْهِمَا ٱلسَّلَامُ- وعن علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أوردتها في «الغنية» وثم قال: فَثَبَتَ أَنَّ تفْرِيقَ الشُّهُودِ مَعَ الِارْتِيَابِ نُدِبَ مِنْ سُنَنِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْأَئِمَّةِ لِمَا فِيهِ مِنْ الِاحْتِيَاطِ وَنَفْيِ الِارْتِيَابِ، فَإِنِ اخْتَلَفُوا عَلَيْهِ فِي الشَّهَادَةِ عِنْدَ تَفَرُّقِهِمْ رَدَّهُمْ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى إِثْبَاتِ أَسْمَائِهِمْ وَالْبَحْثِ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَإِنِ اتَّفَقُوا وَلَمْ يَخْتَلِفُوا وَعَظَهُمْ بِمَا يَخَافُونَ بِهِ فَضِيحَةَ الدُّنْيَا وَعَذَابَ الْآخِرَةِ.

رَوَى أَبُو حَنِيفَةَ قال: كُنْتُ عِنْدَ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ وَهُوَ قَاضِي الْكُوفَةِ، فَجَاءَهُ رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ حَقًّا فَأَنْكَرَ، فَأَحْضَرَ الْمُدَّعِي شَاهِدَيْنِ فَشَهِدَا لَهُ بِمَا

....

ادَّعَاهُ، فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ: وَالَّذِي بِهِ تَقُومُ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ مَا كَذَبْتُ فِي إنْكَارِي، وَلَقَدْ كَذِبَا عَلَيَّ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَوْ سَأَلْتَ عَنْهُمَا لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِمَا اثْنَانِ، وَكَانَ مُحَارِبُ بْنُ دِثَارٍ مُتَّكِئًا فَاسْتَوَى جَالِسًا، وَقَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «**إِنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفِقُ بِأَجْنِحَتِهَا وَتَرْمِي بِمَا فِي حَوَاصِلِهَا مِنْ هَوْلِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَإِنَّ شَاهِدَ الزُّورِ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ**»[(١)] فَإِنْ صَدَقْتُمَا فَاثْبُتَا وَإِنْ كَذَبْتُمَا فَغَطِّيَا رأسيكما وانصرِفا فَغَطَّيَا رأسيهُمَا وَانْصَرَفَا.

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ رضي الله عنه عَلَى رَجُلٍ بِالسَّرِقَةِ فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ: وَاللهِ مَا سَرَقْتُ، وَوَاللهِ لَقَدْ كَذَبَا عَلَيَّ، فَوَعَظَهُمَا عَلِيٌّ رضي الله عنه وَاجْتَمَعَ النَّاسُ فَذَهَبَا فِي الزِّحَامِ فَقَالَ رضي الله عنه: لَوْ صَدَقَا لَثَبَتَا وَلَمْ يَقْطَعِ الرَّجُلَ؛ وَلِأَنَّ الْحَسَدَ وَالتَّنَافُسَ قَدْ يَبْعَثُ مَنْ قَلَّتْ أَمَانَتُهُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالْكَذِبِ: إِمَّا اعْتِمَادًا لِإِضْرَارٍ، أَوِ ارْتِشَاءٍ عَلَى شَهَادَةِ الزُّورِ، فَلَزِمَ الْحَاكِمَ فِيمَنْ جَهِلَ حَالَهُ بِمَا أَمْكَنَ مِنَ الِاخْتِبَارِ وَالْوَعْظِ فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ وَعْظِهِ سَتَرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَفْضَحْهُ إِلَّا أَنْ يَتَحَقَّقَ مِنْهُ أَنَّهُ شَهِدَ بِزُورٍ فَيَكْشِفُ حَالَهُ لِيَتَحَرَّزَ مِنْهُ الْحُكَّامُ إِنْ أَقَامَ بَعْدَ الْوَعْظِ عَلَى شَهَادَتِهِ أَثْبَتَ اسْمَهُ لِلْبَحْثِ عَنْ عَدَالَتِه.

وما ذكره من التفصيل هو ما أورده العراقيون وغيرهم، وحكاه الإمام عن نص الشافعي، وقال الرافعي: إنه الوجه كما سيأتي، ثم ذكر إنما يؤمر الحاكم بإلقائه إلى أصحاب مسائله أربعة أشياء:

أَحَدُهَا: صِفَاتُ الشُّهُودِ.

وَالثَّانِي: مَنْ شَهِدُوا لَهُ.

وَالثَّالِثُ: مَنْ شَهِدُوا عَلَيْهِ.

وَالرَّابِعُ: مَا شَهِدُوا بِهِ مِنَ الْحَقِّ كما سيأتي.

قال: وَهَذَا أَحْوَطُ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ فَيُثْبِتُ هَذِهِ الْأَرْبَعَةَ لِأَصْحَابِ

(١) أخرجه الحاكم (٧٠٤٢) وصححه ووافقه الذهبي.

....

مَسَائِلِهِ فِي رِقَاعٍ وَسُمى أَصْحَابُ الْمَسَائِلِ الْمُزَكِّينَ ثُمَّ الْحَاكِمُ بِالْخِيَارِ مَعَهُمْ بَيْنَ أَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْأَحْوَطُ أَنْ يَكْتُبَ بِذَلِكَ أَرْبَعَ رِقَاعٍ يَدْفَعُ مِنْهَا رُقْعَتَيْنِ إِلَى مُزَكِّيَيْنِ آخَرَيْنِ لِيَسْأَلَا عَنْ أَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ وَيَدْفَعَ رُقْعَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ إِلَى مُزَكِّيَيْنِ آخَرَيْنِ لِيَسْأَلَا عَنِ الشَّاهِدِ الْآخَرِ فَيَسْمَعُ تَزْكِيَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ مِنْ مُزَكِّيَيْنِ، وَيَصِيرُ الْمُزَكُّونَ أَرْبَعَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى رُقْعَتَيْنِ فِيهِمَا ذِكْرُ الشَّاهِدَيْنِ، فَيَدْفَعُ إِحْدَاهُمَا لِيَسْأَلَ عَنِ الشَّاهِدَيْنِ، وَالْأُخْرَى إِلَى الْآخَرِ لِيَسْأَلَ عَنهما فَتَصِيرُ التَّزْكِيَةُ فِيهِمَا مَسْمُوعَةً مِنْ مُزَكِّيَيْنِ فَإِذَا تَوَجَّهَ بِهَا أَصْحَابُ الْمَسَائِلِ الْمُزَكُّونَ، كَانَ أَوَّلُ مَا يَسْأَلُونَ عَنْهُ أَحْوَالَ الشُّهُودِ فَإِنْ وَجَدُوهُمْ مَجْرُوحِينَ لَمْ يَسْأَلُوا عَنْ غَيْرِهِمْ أو مُعَدَّلِينَ سَأَلُوا عَمَّنْ شَهِدُوا لَهُ فَإِنْ ذَكَرُوا أَنَّ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الشهود مَا يَمْنَعُ مِنْ شَهَادَتِهِمْ لَهُ، لَمْ يَسْأَلُوا عَمَّا عَدَاهُ وإِلَّا ذَكَرُوا حِينَئِذٍ الْقَدْرَ الَّذِي شَهِدُوا به ثُمَّ عَلَى أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ أَنْ يَشْهَدُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ بِمَا عَرَفُوهُ مِنْ هَذِهِ الْأَحْوَالِ الْأَرْبَعِ إِنِ اجْتَمَعَتْ أَوِ افْتَرَقَتْ، فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حُكْمًا فِي غَيْرِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ، انتهى.

قال: وكذا قدر الدين على الصحيح، أي: المنصوص، وبه جزم الماوردي والمحاملي وغيرهما من العراقيين والفوراني وغيره.

قال الإمام: إنه غير سديد، وإن الذي ذهب إليه معظم الأئمة أن ذكر المال احتياط وليس باشتراط، وتبعه الغزالي وغيره، والمشهور الأول، وفي «تعليق» البغوي: ذكر الدين وجنسه، وفي غيره: ونوعه.

قال الرافعي: وقول قائله: إن العدالة لا تتجزأ، حكى أبو العباس الروياني فيه اختلافًا عن الأصحاب منهم من منعه، وقال: قبول الشهادة مبنية على غلبة الظن بصدق الشاهد، وقد يغلب على الظن الصدق في القليل دون الكبير، ومنهم من سلمه، وقال: إنما يذكره؛ لأن الكثير أجدر بالاحتياط، وذكر المال قد يكون أطيب لقلب المزكي وبني على الخلاف في أن العدالة هل

....

تتجزأ؟ إنه لو عدل، وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كبير هل يحتاج إلى التزكية، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: التزكية المقيدة إن شهد شاهد بحق فتزكية شاهدَيْن في هذا المشهود به خلصاء، وفي سماع هذه التزكية وقبولها خلاف مشهور، المشهور في المذهب: عدم قبولها، وأصل هذا الخلاف أن العدالة هل تتبعض أم لا؟ المشهور في المذهب لا وإن كان عدلًا في درهم فهو عدل في ألف.

قال: أو يبعث به مزكيًا، أي: بما كسبه مما تقدم ليعرف الحال، وعبارة «المحرر» والجمهور، ويبعث به إلى المزكي، وهي أجود؛ لأن أصحاب المسائل وإن سموا بذلك فالمزكي إنما هو المبعوث إليهم كما سيأتي.

قال الرافعي: ويكتب إلى كل مزكٍّ كتابًا ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من يدفعه إليه، وغير من يبعثه إليه احتياطًا، وسبق كلام الماوردي في كيفية سؤالهم، وهو مصرَّح بإيجاب البحث عن الصفة التي ذكرها، قال ابن الرفعة: وعليه ينطبق قول الفوراني: يشترط أن يذكر المال والمشهود له والمشهود عليه إذا استزكى الشهود؛ لأن ذلك يختلف، وكذلك قول الإمام، لكنه قال بعد قوله: أمَّا المدعي فلا بدّ من أعلامه، وأمَّا المدعى عليه، فقد يدرك المزكي بينه وبين الشهود عداوة أو لددًا في خصومة، يوجب مثلها رد الشهادة، فإن لم يقع التعرض لما ذكرناه فالتعديل في الشهود يثبت، ولكن يبقى على القاضي نظر فيما وراء التعديل.

قال: ثم يشافهه المزكي بما عنده، أي: فإن كان مجروحًا لم يظهره، وقال للمدعي: زدني شهودًا، أو إن كان تعديلًا عمل بمقتضاه، والمراد بالمزكي المبعوث إليه كما اقتضاه كلام «المحرر» وغيره، ثم الأكثرون كما قال الماوردي: إن الحكم بقول المزكيين لا بقول المسؤولين من الأصدقاء والجيران وصحَّحه القاضي أبو الطيب وغيره.

قال: وقيل يكفي كتابته هذا الكلام يفهم بأنه يكفي الكتابة فقط على هذا

....

الوجه بل يقتضي الاكتفاء بكتابة المبعوث، وهذا لم يقله أحد فيما أعلم، قال الرافعي: ولا تثبت العدالة بمجرد رفعه المزكي؛ لأن الخط لا يعتمد على ما سبق، وإنما يكتب القاضي إلى المزكي؛ لأنه قد يحتاج إلى البحث والنذير الطويل، فكانت المراجعة بالرقاع أحسن ثم الاعتماد على ما يجري آخر، وعن القاضي الحسين جواز اعتماد الرقعة كما عليه العمل، انتهى.

وفي «الكافي»: ولا يقبل القاضي التعديل بالكتبة حتى يذكره الأصحاب المسائل للقاضي صريحًا مواجهًا به.

وقال أبو يوسف: يقبل الكتبة، وهو اختيار القاضي الحسين وأصحابه بـ«مرو» وردوا عليه الأحكام في بلاد الإسلام، انتهى.

قلت: وهذا ممنوع إلا أن يريد به ما سيأتي عن الإصطخري، ولم أر من حكى هذا عن القاضي غير البغوي، ولم يذكره إبراهيم المروزي عنه، وهو يقفوه.

قال الرافعي: ثم ذكر في «الوسيط» تفريعًا على الأول أن الإصطخري قال: يكفي رسولان مع الرقعة، وأن الأظهر وجوب المشافهة، وهذا ما أورده في «الوجيز» وهو بيِّن، إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكيين، أمَّا إذا ولي بعضهم العدالة والجرح فليكن كتابه ككتاب القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي، انتهى.

واعترض ابن الصلاح على «الوسيط» بما أوردته في «الغنية» إلى أن قال: ثم ما ذكره في هذه المشافهة من أنه يشترط لفظ الشهادة، إن قلنا: تجب المشافهة، وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ففي اشتراطه خلاف يوهم أن في صحة أصل التزكية من غير مشافهة خلافًا، وليس كذلك، وإنما الخلاف في وجوب المشافهة من المزكي، ومن لا يوجبها يوجب المشافهة من الرسول الحامل المرقعة، واكتفى بشهادته بذلك مع حضور شاهد الأصل، وهو المزكي للحاجة؛ كيلا يعرف المزكي ويشتهر، انتهى.

وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ، وَخُبْرَةِ بَاطِنِ مَنْ يَعْدِلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جِوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ، ....

وقال الإمام: ذكر العراقيون في التزكية وما يقع به تعديل الشهود طريقين:

أحدهما: لأبي إسحاق وذلك أنه قال: لا يثبت التعديل ما لم يصرِّح المزكيان بالتعديل أو الجرح ولا تعويل على الرقاع وأجوبتها، ولا على أقوال الرسل المترددين بين القاضي وبينهما، وهذا قياس بَيِّن، قالوا: وقال الإصطخري: إذا أخبر الرسل عن أقوال المزكين كفى ولا يكلف حضور المزكيين في كل تعديل، ثم قال الإصطخري: لا يقع الاكتفاء بأجوبة الرقاع أصلًا بل لا بدَّ من تصريح رسولين بما سمعاه من قول المزكيين، فيخبران عن كل مزكٍ، والقدر الذي احتمله الإصطخري الاكتفاء بأقوال الرسل، وإن كانوا في مقام الفروع مع القدرة على السماع من الأصول، وإنما احتمل هذا القدر؛ لئلا يشتهر المزكون ولا يكثر ترددهم، انتهى.

وهاهنا تنبيهات وتتمات ذكرتها في «الغنية» في عدة أوراق يطول ذكرها، فلتطلب منه.

قال: (**وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ**) أي: يشترط في المزكي ما يشترط في الشاهد.

(**مَعَ مَعْرِفَةِ الْجرحِ وَالتَّعْدِيلِ**) ويزكى الفاسق.

(**وَخُبْرَةِ بَاطِنِ مَنْ يَعْدِلُهُ**) أي: في حال الأداء أو قريبًا منه، كما قاله الشافعي رضي الله عنه.

(**لِصُحْبَةٍ أَوْ جِوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ**) أي: ونحوها هذا فيمن شهد بالعدالة والفسق، وأمَّا من نصَّب حاكمًا في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة، هكذا أطلقه الرافعي، وظاهره أنه يعتبر فيه كل ما يعتبر في القاضي، وهو موضع تأمل، ويشكل عليه قول الرافعي في كلامه على الاستخلاف بشرط، والخليفة ما يشترط في القاضي.

قال الشيخ أبو محمد وغيره: فإن فوَّض إليه أمرًا خاصًا كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب، حتى أن نائب القاضي في القرى إذا فوَّض إليه

....

سماع البيّنة دون الحكم كفاه العلم بشروط سماع البيّنة، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد، انتهى.

وقضية هذا: إنه يكفيه أن يكون عالمًا بالجرح والتعديل دون ما زاد على ذلك، واستدلوا لمسألة الكتاب بما رواه أبو القاسم البغوي بإسناد حسن عن خَرَشَةَ بْنِ الْحُرِّ، قال: «شهد رجل عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه شهادة، فقال: إِنِّي لَسْتُ أَعْرِفُكَ وَلَا يَضُرُّكَ أَنْ لَا أَعْرِفَكَ فَائْتِ بِمَنْ يَعْرِفُك، فَقَالَ رَجُلٌ من القوم: أَنَا أَعْرِفُهُ، فقال: بِأَيِّ شَيْءٍ تَعْرِفُهُ؟ قال: بِالْعَدَالَةِ وَالْفَضْل، قال: هُوَ جَارُكَ الْأَدْنَى تَعْرِفُ لَيْلَهُ وَنَهَارَهُ وَمَدْخَلَهُ وَمَخْرَجَهُ؟ قال: لَا، قال: فَمُعَامِلُكَ بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمِ اللَّذَيْنِ يُسْتَدَلُّ بِهِمَا عَلَى الْوَرَعِ؟ قال: لَا، قال: فَرفيقكَ فِي السَّفَرِ الَّذِي يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ؟ قال: لَا، قال: لَسْتَ تَعْرِفُهُ، ثُمَّ قَالَ لِلرَّجُلِ: ائْتِ بِمَنْ يَعْرِفُكَ»[١] وبهذا اللفظ رواه البيهقي، وأورده جماعة من الأصحاب وهو الأجود ويقع في كتب الأصحاب أن رجلين شهدا عند عمر الأثر... إلى آخره.

وأسند ابن أبي الدنيا في كتاب «الصمت» في باب ذم المداحين أن عمر رضي الله عنه سمع رجلًا يثني على رجل فقال: أسافرت معه؟ قال: لا، قال: أخالطته؟ قال: لا، قال: والله الذي لا إله إلا هو ما تعرفه[٢].

قال الأئمة: والمعنى في اعتبار الخبرة الباطنة ألَّا يسأل بخفي أسباب الفسق غالبًا، فلا بدّ من معرفة بباطن حاله، وهذا كما أن الشهادة على الإفلاس يعتبر فيها الخبرة الباطنة ألَّا يسأل مشغوف بإخفاء المال، وفي الشهادة على أنه لا وارث سواه تعتبر الخبرة الباطنة؛ لأنه قد يتزوج في السفر أو في الحضر ويخفيه فيولد له، قال الرافعي: قال في «الوسيط»: ويجب على القاضي أن يعرف بأن المزكي هل هو خبر بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٢٥، رقم ٢٠١٨٧).
(٢) أخرجه ابن أبي الدنيا في الصمت (١/ ٢٧٤، رقم ٦٠٣).

....

علم من عدالته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة، انتهى.

وقال في «البسيط»: قال الأصحاب: يجب على القاضي أن يبحث عن خبرة المزكي بباطن حاله خيفة أن يبنى على الظاهر، وإن عرف من دأب المزكي أنه يخبر الباطن ثم يزكي فلا يشترط مراجعته، وأبعد بعض الأصحاب فقال: يجب الاقتداء بعمر، وهذا ضعيف.

وعبارة إمامه: إذا عدّل المزكي فحق على القاضي أن يبحث عن علمه بباطنه ببحث عمر رضي الله عنه في الأثر المروي والسبب فيه أنه قد يعتقد جواز البناء على الظاهر، والأخذ بتحسين الظن، وإذا بحث القاضي أزال الشك ببحثه، وإن علم أن المزكي خبير بالتزكية عالم بأن التعويل على البواطن، وقد ألف ذلك منه وراجعه فيه فيبينه خبيرًا بصيرًا غير مكتفٍ بالظاهر، فإذا أطلق مثل هذا المزكي التعديل؛ فالأصح أن القاضي لا يحتاج إلى مراجعته في إسناد تزكيته إلى الباطن.

ومن أصحابنا من شرط هذه المراجعة في كل تزكية تمسكًا بأثر عمر، وهذا غير سديد، والأثر محمول على علمه رضي الله عنه بأن المعدل لم يكن خبيرًا بمأخذ التعديل، وقد تحقق ذلك لما راجع كما روينا الأثر، انتهى.

تتمات وفروع:

أحدها: قال الرافعي: وظاهر لفظ الشافعي اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة، ووجه ذلك بأنها إذا لم تتقادم لم يمكن الاختيار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال: إن شدة التفحص والإمعان فيه تقوم مقام التقدم، ويمكن الاختيار في المدة اليسيرة، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط، بل إن الغالب أن المعرفة الباطنة حينئذ تحصل، ويوضحه ما ذكرنا أن القاضي قد يأمره بالبحث والفحص عن حال الشاهد؛ ليعرف فيشهد، ولو اعتبر التقادم لطالت المدة وتصور المتداعيان بالتأخير الطويل، انتهى.

وهذا في المزكيين المنصوبين من جهة القاضي لذلك، أمَّا غيرهم من

الناس؛ فالذي اشتملت عليه الكتب اعتبار تقادم المعرفة، وممن صرَّح بذلك: الدارمي، وابن الصباغ، ونقل الماوردي الاتفاق عليه، وبه جزم في «الترغيب» وغيره.

وعبارة «النهاية»: ومستند شهادة المعدل انتفاء الجرح بظن غالب تلقاه من طول المخالطة، وقال في «البيان»: ولا يقبل التعديل إلا ممن له خبرة باطنة وخبرة طويلة بالشاهد؛ لأن المقصود معرفة حال الشاهد في الباطن، وذلك لا يدركه إلا من خبر باطنه وطالت خبرته، فأمَّا من عرفه في شهر أو شهرين فلا يقبل منه التعديل؛ لأنه ربما تقدم منه فسق لم يعرفه فلم يقبل تزكيته، انتهى.

ثانيها: قال ابن الرفعة بعد سياقه كلام الإمام السابق إلى آخره وغيره مما تقدم: وهذا بخلاف أصحاب المسألة إذا عدلوا عند القاضي واكتفينا بهم كما هو الصحيح، فإنه لا يشترط أن يكونوا من أهل الخبرة، قال الماوردي: ولا يجوز للحاكم أن يسألهم من أين علمتم التعديل، وكذا الجرح إن عادوا به، وكلام ابن الصباغ قريب منه؛ لأنه قال: وليس للحاكم أن يقول كذا، ولفظ البندنيجي: إنه لا يسألهم من أين تحملوا الشهادة، ولا عن من أخبرهم بذلك، انتهى وهذا شاهد لما قدمناه قبله.

ثالثها: اعتبار العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما، كما قاله الرافعي وغيره في جانب التعديل؛ لأنه إذا لم يعلم المعدل العادلة وشروطها وأسبابها وموانعها لا يدري بما إذا كان يشهد، ومن هذا يؤخذ أن ما يعتمده كثيرًا من حكام العصر أو أكثرهم من قبول التزكية من العوام المقبولين عندهم غير سديد؛ لأنَّا نقطع بأنهم لا يعرفون ذلك، ويبنون الشهادة على ما يظهر لهم من خبر بظنونه بالمزكي، وأكثر الناس تجهل معرفة العدالة وأسبابها، ويجهلون اعتبار المعرفة الباطنة، وحينئذ يجب على القاضي البحث والسؤال والاستفسار.

وأمَّا الجرح فلا يحتاج الجارح إلى معرفة الفسق وأسبابه؛ لأنه لا يقبل إلا مفسرًا بما هو جارح فذاك، وإلا فلا عبرة بما ذكره وظنه جارحًا كما سيأتي، والظاهر أن مراد الرافعي صورة التعديل فقط؛ لأنه إذا لم يعرف المعدّل أسباب

....

الفسق ظن أن ما هو فسق ليس بفسق فيعدل جهلًا.

رابعها: إذا سمع شخص من الأفواه دين شخص وأمانته وصلاحه وشهد جماعة بأنه عدل، فهل يسوغ له تعديله وليس هو من أهل الخبرة بحاله؟

قال القاضي الحسين: له ذلك إذا تكرر ذلك على سمعه مرة بعد أخرى في مقامات مختلفة يخرج عن حد التواطؤ، فإمَّا أن يشهد عنده عدلان أو أكثر؛ فلأنه يحتمل التواطؤ في ذلك، هكذا حكاه ابن الرفعة وأقره وتنازع فيه إطلاق الجمهور اعتبار الخبرة الباطنة.

وقال الغزالي في «الوجيز»: ولا يجوز الجرح والتعديل بالتسامع، ونازعه الرافعي فيهما، فتكلم معه في الجرح، ثم قال: وأمَّا في طرق التعديل فقد مرّ أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة، فيوافقه القول بأنه لا يجوز التعديل بالتسامع، ولكن التعديل ولكن المخبرين الذين يحصل بهم الاستفاضة لو كانوا خبيرين بباطن حاله وسمع منهم عدالته، فلا يبعد أن يجوز له التعديل، وتُقام خبرتهم مقام خبرته كما أقيم في الجرح رتبهم مقام رتبه، انتهى.

وهو مؤيد لما قلناه، وقال الهروي: وقال الشاشي: إنه يسمع في العدالة الشهادة بالشيوع إلا أنه اعتبر جماعة وأقرّه، ورأيت في «روضة» شريح، وقال الشافعي: فذكره، والصواب: الشاشي، ولفظ الشافعي: تحريف من ناقل، وأشار الهروي قبل هذا إلى خلاف في المسألة حيث حكى عن ابن القاص أنه قال: إذا سمع القاضي تعديلًا في غير عمله له أن يحكم، أي: به في عمله، وأن العبادي قال: القياس عندي بخلافه، قال أبو سعيد: قول ابن القاص يخرج على قول من يقول: إن الشهادة على العدالة بالاستفاضة يجوز، انتهى.

وربما يتكلم على هذا في «الشهادات» إن شاء الله تعالى.

خامسها: إذا عدل مرة ثم شهد أخرى فهل يجب إعادة استزكائه؟ قال ابن الرفعة: قال الأصحاب: إن قصرت المدة فلا، وعن الثقفي أنه يحتاج إلى البحث وتجديد المسألة؛ لاحتمال أن يكون بينه وبين الثاني قرابة أو عداوة أو

....

نحوهما وإن طالت المدة والقاضي خبير بحاله في المدة المتحللة فهل بحث فيه؟ وجهان: قال الإمام: الذي مال إليه الجمهور الوجوب ورجحه الرافعي والمصنف؛ لأن الأحوال تتحول والإنسان عرضة التغاير والحدثان قبل وهذا القائل يقول ينبغي ألَّا يغفل القاضي المسألة عن صفة الشهود الذين يتناوبون مجلسه للشهادة، وعلى هذا لو ترك البحث عن من تثبت عدالته ثلاثة أيام كان ذلك محتملًا، كذا نقل عن العراقيين.

قال الإمام: وفحوى كلامهم إيجاب البحث وراء ثلاثة أيام، ولست أرى أن يتعذر ذلك، ولكن الرجوع في قرب الزمان وبعده إلى العرف الغالب، وكل مدة يتوقع في مثلها تغاير طارئة، فإذا حلَّت عن المسألة فلا بدّ من تجديد البحث بعدها عنه، والمرجع إلى ما يغلب على ظن القاضي.

وفي «البحر» عن «الحاوي» أن بعض أصحابنا قال: يسأل عنه بعد كل ستة أشهر، ثم رده، والمذهب أنه توقف على اجتهاد القاضي ورأيه، والذي رأيته في «الحاوي» نسبه هذا إلى بعض الفقهاء كما هو في «الشامل» وغيره وهو الصواب في النقل، وقد نسب ابن شداد اعتبار ستة أشهر أيضًا إلى بعض أصحابنا أيضًا، وليس بجيد، والظاهر أن ذكر الأيام الثلاثة في كلام العراقيين مثال للمدة القريبة على ما دلّ عليه سياق «البيان».

ثم قال: وحكى أبو إسحاق أن بعض الناس قال: يسأل عنه كل ستة أشهر وليس مذهبنا، ولكن على ما يراه الحاكم، وقال شريح: وحكى أبو إسحاق عن قوم فذكره، ثم قال: وهذا تقريب لا تجديد، انتهى.

سادسها: قال القاضيان أبو سعيد الهروي وشريح الروياني: إذا عدّل شاهد عند القاضي فإن هذا القاضي لا يشهد عند قاض آخر بأنه عدل، بل يقول: سألت عنه فعدّل عندي، فهذا شيء يعمل به القاضي ولا يقبل منه، وقال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: يجوز ذلك، قال القفال: الشاشي، وهذا محتمل.

قلت: وما ذكراه في غاية الحسن، وقَلَّ من يتفطن له، والظاهر أن الصورة

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ، ....

فيما إذا لم يظهر له عدالته لقرب الوقت أو غيره، أمَّا لو طالت مخالطته وتبين له عدالته فلا منع إذا انتهت المعرفة إلى حد يجوز أن يشهد له بالعدالة وقد ينازع فيما ذكراه ما سبق في أخبار من نصَّب حاكمًا في الجرح والتعديل فتأمل الموضعين.

سابعها: شهادة الأب بتعديل الابن وبالعكس هل يسمع؟ وجهان الصحيح في «الروضة» وغيرها المنع وبه جزم الماوردي والفوراني والروياني وغيرهم وهل يجوز إذا كان أحدهما حاكمًا أن يحكم بشهادة الآخر لأنه يتضمن التعديل؟ فيه وجهان: الأصح: المنع أيضًا، وقد يفرق بين أن يستند في قبولها إلى علمه وبين أن يزكي عنده وتكلمت على الفرع في «الغنية» عند الكلام في استحلافه أباه.

ثامنها: قال ابن الرفعة: هل يحل للأب تزكية ولده؟ إذا كان القاضي لا يرى ذلك وهو يجهل أنه أبوه لم أر فيه نقلًا، والذي يظهر تخريجه على أن الفاسق في الباطن إذا علم حقًا وطلب لأداء الشهادة به، وهو ظاهر العدالة مسموع الشهادة، هل يحل له الإقدام على الأداء؟ فيه وجهان في «البحر» بناء على وجهين في أن الفاسق هل عليه إقامة الشهادة؟ وجه الجواز: إنه يشهد بالحق ليصل الحق إلى مستحقه، ووجه المنع: إن في أدائه إيقاع الحاكم في حكم باطل؛ لأنه إذا حكم بمستند باطن في نظر الشرع في حق في نفس الأمر كان باطلًا، انتهى.

قلت: والمختار بل الصحيح الجواز، نظرًا إلى ما في نفس الأمر، وسيأتي له نظائر وشواهد، بل المتجه الجزم بالوجوب إذا كان فيه دفع استحلال بضع، أو ذم بغير حق، والله أعلم.

قال: **(وَالأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ)** أي: فيقول المزكي: أشهد أنه عدل، قال ابن أبي الدم: هذا هو المذهب الصحيح في التزكية وغيرها، وحكى الإمام وجهًا غريبًا بعيدًا: إنه لا يتعين لفظة: أشهد، بل يقوم مقامها: أعلم وأتحقق. . . وغيرهما، وهذا الوجه لم أر أحدًا نقله سواه، انتهى.

وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ، وَقِيلَ يَزِيدُ عَلَيَّ وَلِي، ....

وفي «روضة» شريح في باب لفظ الشهادة: لا بدَّ أن يذكر الشهود لفظ الشهادة أو معناه، وهل يحتاج إلى لفظ الشهادة في رواية هلال رمضان؟ فيه وجهان، انتهى.

والأحاديث تقتضي الجواز بغير لفظة: أشهد، وقول شريح أو معناه يقتضي عدم تعين لفظة: أشهد.

وفي «فتاوى» القفال الجزم بأنه لا يحتاج المزكي في التزكية إلى لفظ الشهادة، وكذا في الجرح، وفي «النهاية» و«فروعها» واللفظ «للبسيط»: ولا بدّ من لفظ الشهادة إن شرطنا سماع القاضي منه من غير اكتفاء برسول ورفعه، وإن اكتفينا بالرسول فقد ذكر صاحب «التقريب» وجهين في لفظ الشهادة، انتهى.

وهذا يقتضي إنَّا إذا قلنا بالأصح ـ وهو اعتبار المشافهة ـ أنه يشترط لفظ أشهد قطعًا.

فائدة: قال في «الترغيب»: يكتب المزكي: عدل لي وعليّ، وإن كتب: الله أعلم بالسرائر، فهو متوقف في الحال، وإن كتب: يزاد في عدد الشهود، فهو مفسق، انتهى.

وكان المراد أنه مشير إلى ذلك ومعرض به، وفيه وقفة؛ إذ يكون المانع قرابة أو غيرها مع العدالة، إلَّا أن يكون هذا أمرًا مصطلحًا عليه بين الحاكم والمزكيين يعبر به عن ذلك.

قال: (**وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ**) لأنه أثبت العدالة التي اقتضاها إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وهذا ما نص في حرملة له القاضي أبو الطيب، وزاد في «البحر» عن حرملة عدل مرضي واعتبره بعضهم.

(**وَقِيلَ: يَزِيدُ عَلَيَّ وَلِي**) قال الإمام: وهو أبلغ عبارات التزكية، وهذا ما نصّ عليه في «الأم» و«المختصر» فقال: لا يقبل التعديل حتى يقول: هو عدل عليّ ولي، ونقلاه في «الشامل» و«البيان» عن الأكثرين، ووجه بأن قوله: عدل لا يثبت العدالة على الإطلاق؛ لجواز أن يكون عدلًا في شيء دون شيء، فهذه

....

الزيادة تُزيل الاحتمال، قاله أبو إسحاق وعلَّله غيره بأن المعدل قد يكون ممن لا تقبل شهادته له لتعصيبه أو لا تقبل عليه لعداوة، فإذا قال: عليّ ولي زال هذا الاحتمال، قال الرافعي: والمعنيان ضعيفان وبسط القول في تضعيفهما كما سقناه في «الغنية» وتأول النص على إرادة التأكيد لا الشرط ورشح ذلك بأن ابْن كَجٍّ نقل جماعة من الصحاب أنهم جعلوا قول المزكي هو عدل مرضي أو رضي أو مقبول الشهادة كافيًا مغنيًا عن قوله: عليّ ولي وحكوه عن نصه في حرملة ومعلوم أن هذه الزيادات لا تشتمل على معنى عليّ ولي فدل على أن ما ذكره يعني في «الأم» و«المختصر» جرى تأكيدًا، انتهى.

قلت: والنقل عن نصه في حرملة مختلف فحكى عنه في «الإشراق» أن يقول: هو جائز لشهادة، وحكى في موضع ما سبق عن «البحر» وصححه، وما رجحه الرافعي والمصنف من الاكتفاء بقوله: هو عدل تبعًا للقفال والقاضي الحسين وصاحب «الإفصاح» وغيرهم ظاهر من حيث المعنى، لكن قضية كلام الجمهور الوقوف مع نص «الأم» و«المختصر» كما بيّنته في «الغنية» وصرَّح بنقله عن الأكثرين جماعة خلافًا لأبي علي الطبري والإصطخري، وقال الدارمي: ولا يقبل التعديل حتى يقول المعدل: عدل عليّ ولي، أو عدل رضي، أو مرضي، انتهى.

فلم يجعل نص حرملة مخالفًا لنص «الأم» بل اكتفى بكل من اللفظين.

وقال الإمام: إن قوله عدل عليّ ولي من أبلغ عبارات المزكين وأوقعها، وهي شائعة على ممر الدهور والأصحاب مجمعون على موجب ما يتفاهمون منها.

وقال شريح الروياني بعد ذكره الخلاف في قوله عليّ ولي، وقيل: يكفي أن يقول: عدل أو ثقة أو جائز القول أو مقبول القول أمين، وقيل: لا بدَّ أن يقول عدل.

وقال في حرملة: لا بدَّ أن يقول هو جائز الشهادة أو عدل مرضي، انتهى.

....

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي قال في «المختصر» ولا يقبل التعديل إلا بأن يقول عدل عليّ ولي، قال أصحابنا: فيه خلل؛ لأنه ليس من الشرط أن يكون الشاهد عدلًا على المزكي؛ لأن تزكيته لعدوه تقبل، ومعنى هذا الكلام حتى يقول هو عدل عليه وله؛ لأن شهادة العدو على العدو لا تقبل وشهادة الوالد للولد لا تقبل، وقيل: قصد الشافعي أن تزكية الوالد لولده لا تقبل فيجب أن يكون الشاهد عدلًا له لتقبل تزكيته، انتهى لفظه.

وهو عجيب وغريب ما رأيته في «الرونق» المنسوب إلى الشيخ أبي حامد و«اللباب» المنسوب إلى الْمحَامِلِيّ مختصره: ولا يقبل التعديل حتى يقول المعدل هو عدل لي وعليّ، فإن قال: عدل عليّ ولي لم يقبل قوله على أحد الوجهين، والثاني: يقبل سواء قدّم أم أخّر، انتهى.

والذي رأيته في «الأم» و«المختصر» وكتب الأصحاب ما سبق لا غير إلا قول صاحب «الترغيب» ولفظ الشافعي: أن يقول لي وعليّ وله ولي واعتبار هذه الدقيقة حسن، انتهى.

وقال الدبيلي: قال الشافعي: ولا تقبل حتى يقول: عدل لي وعليّ وهذا هو الأشبه، انتهى.

ويخرج مما قدَّمناه في أقل ما يجري في لفظ التزكية وجوه، وحكى الماوردي أن بعض البصريين من أصحابنا ذهب إلى أن شهادته بأنه رضي شرط في صحة التعديل، انتهى.

وأمَّا صورته الكاملة أن يقول: أشهد أن هذا أو أن فلانًا إن كان يعرفه اسمًا ونسبًا عدل عليّ ولي مقبول الشهادة قاله ابن أبي الدم، قال: وإنما احترزنا بهذا القيد الأخير؛ لأنه قد يكون عدلًا عليه وله ولا تقبل شهادته ليغفله، انتهى.

وعندي أن صورته الكاملة أن يأتي بكل ما قيل أنه لا بدَّ منه ليكون التعديل صحيحًا بالاتفاق وذلك لا يحصل بما ذكره بمفرده لما قدمناه.

....

تنبيه: قال الرافعي: لا حاجة في التعديل إلى بيان السبب؛ لأن العدالة بالتحرز عن أسباب الفسق وهي كبيرة يعسر ضبطها وعدّها، وفي «العدة» ذُكِرَ وجه ضعيف أنه يجب بيان سبب التعديل أيضًا، انتهى.

وجزم في «الحاوي» في موضعين بأنه يجب ذكر سبب العدالة كالجرح، ثم حكى خلافًا في أنه شرط أو مستحب، ثم قال: فإن قلنا إن ذكر السبب شرط جاز أن يكون الشاهد بالتعديل من غير أهل الاجتهاد، انتهى.

فإن أراد الرافعي هذا القسم فذاك، وعليه ينطبق ما سبق من أنه لا بدَّ أن يكون شاهد التعديل عالمًا بأسباب العدالة على المشهور بخلاف الخارجين، وإن أراد تعميم كل مزكٍ، ففيه نظر، وقد قال الدبيلي: إن الشهادة بالرشد لا بدَّ فيها من بيان الرشد ما هو؛ لأن العلماء مختلفون فيه كما في الجرح، وكذلك يقول في التعديل؛ لأن من الناس من يرى قبول من يرده غيره، هذا بالنسبة إلى الفقهاء، أمَّا العوام فالوجه أنه لا بدَّ من استفسارهم وكشف عمدتهم في ذلك.

وسبق أن النص والجمهور على أنه لا بدَّ من الخبرة الباطنة المتقادمة، وأيضًا فإذا كان من شرط المعدل المنصوب كونه عالمًا بأسباب التعديل تعين استفصال أكثر من يشهد بالتعديل ويزكي؛ لأن أكثر الناس يجهل ذلك، ويعتقدون عدالة بعض الفساق المجمع على فسقهم؛ لما ألفوه منهم من صدق اللهجة وغير ذلك، ولفظ الشافعي في «الأم»: ولا يقبل التعديل إلا بأن توقف المعدل عليه فيقول: عليّ ولي، ثم لا يقبل ذلك، هكذا حتى يسأله عن معرفته، فإن كانت معرفته باطنة متقادمة قبِل ذلك منه، وإن كانت معرفته حادثة ظاهرة لم يقبل ذلك منه، انتهى.

وسيأتي عن الإمام، ووافقه الرافعي أن معظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة تحوج الحاكم إلى الاستفسار، وقد أوضحت المسألة في المسائل المنثورة في آخر الباب من «الغنية» وذكرت أن الماوردي قال في باب الشهادة على الحدود: إن التعديل لا يحتاج إلى تفسير، بخلاف الجرح على الصحيح من المذهب، وقال إبراهيم المروزي: لأن الخلاف أن التعديل يسمع مطلقًا،

....

والجرح لا يسمع مطلقًا عندنا، انتهى.

فَرْعٌ: لا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيرًا؛ لأنه قد لا يعرف منه إلا الإسلام، ولا بقوله: لا أعلم منه ما يوجب رد الشهادة؛ لأنه قد لا يعرف منه ما يوجب القبول أيضًا، قاله الرافعي: ويفهم منه أنه لو قال: لا أعلم منه ما يوجب رد الشهادة، وأعلم منه ما يوجب قبولها أنه يحصل التعديل، وفيه نظر؛ لأنَّا إذا اعتبرنا لفظه أشهد كما صححه لا يحسن أن يقول المزكي: أشهد أني لا أعلم منه كذا بل أعلم منه كذا فتأمله.

فَرْعٌ: لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر وجهه ظاهر، وقيل: يجوز وهو ما في «الإشراق» للهروي وحكاه شريح عن العبَّادي.

وقال الرافعي في باب الشهادة على الشهادة أن المشهور المنع، وحكوا عن نصه في حرملة أنه لو شهد شاهدان وعدلهما آخران لا يعرفهما الحاكم وزكى الآخرين من كتاب آخر جاز.

فَرْعٌ: قالا: تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق؛ لأن البحث عن عدالة الشهود ومنع الحكم شهادة الفاسق حق لله تعالى، وهذا ما أورده الهروي وشريح الروياني.

وقال ابن الرفعة: قال القاضي الحسين: يشترط في التزكية سؤال الحاكم عنها فلو عدل المزكي من غير سؤال فالقاضي لا يصغي لقوله؛ لأن التعديل حسبة لا يسمع، انتهى.

ثم حكى عن القاضي من بعد أنه قال: ولا تتوقف الشهادة بالجرح على سؤال القاضي؛ لأنه يسمع فيه شهادة الحسبة فيحصل من هذا أن القاضي الحسين يقول: تقبل شهادة الحسبة في الجرح دون التعديل، ولعل مراد القاضي بالمنع ما إذا شهد شهود بحق آدمي وتوقف الحكم على تزكيتهم، فلا تقبل التزكية هنا حسبة، كالشهادة بنفس الحق لما فيها من المبادرة وظهور التهمة، أمَّا لو شهدوا لهم بالعدالة ولم يتقدم ذلك شهادة منهم فلا منع،

وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ، وَيَعْتَمِدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةَ أَوْ الِاسْتِفَاضَةَ، ....

ويجمع بين الكلامين، ويشبه أن يقال: يجب الجرح والتعديل حسبة إذا تعين ذلك طريقًا في حفظ دم، أو بضع، أو مال من لا يعبر عن نفسه.

قال: (**وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجرحِ، وَيَعْتَمِدُ فِيهِ الْمعَايَنَةَ أَوْ الِاسْتِفَاضَةَ**) عبارة «المحرر»: والاعتماد فيه على المعاينة بأن يراه يزني أو يشرب الخمر أو السماع بأن يسمعه يقذف، وإن سمع من غيره، فإن بلغ المخبرون عدد التواتر واستفاض وانتشر جاز الاعتماد عليه وإلا فلا، انتهى.

قال أصحابنا: يعسر ذكر سبب الجرح؛ لأن أسبابه مختلفة فيها، فقد يظن الشهادة ما ليس بجرح عند القاضي جرحًا مع أن الاعتبار فيه بما يراه القاضي، بل قد يظن ما ليس بجرح أصلًا جرحًا، وذكروا الحكاية التي ذكرها الشافعي في «الأم» فيمن جرح فاستفزه القاضي فامتنع من تفسيره، وقال: مثل لا يخفى عليه الشهادة المجروحة فألح عليه، وقال: لا أقبل حتى يتبين السبب، فقال: رأيته يبول قائمًا، فقال: وإيش فيه؟ قال: يترشش البول على ثيابه ورجليه ويصلي فيها، فقال: أرأيته يفعل ذلك؟ قال: أراه سيفعل ذلك فأسقط شهادته، انتهى.

ولفظه: شهدت رجلًا صالحًا شهد. . . إلى آخرها، وأوردها الرافعي وغيره بالمعنى بألفاظ مختلفة فإذا فسَّر الشاهد السبب نظر فيه القاضي، فإن رآه سببًا حكم به وأسقط شهادته وإلا توقف، كما قاله الماوردي، قالوا: وبيان السبب أن يقول: رأيته يزني، أو يلوط، أو يسرق، أو يغصب. . . ونحو ذلك، أو يقول: أقر عندي بذلك، أو سمعته يقذف بكذا، أو يكذب، أو يمشي بالنميمة.

قال الماوردي: أو يقول ما يعتقده من البدع المنكرة ونحو ذلك، وهذا ما أراده الشافعي بقوله: لا أسمع الجرح إلا بالمشاهدة أو السماع.

قال البندنيجي وابن الصباغ: إن هذا القول من الشافعي عائدًا إلى أصحاب المسائل؛ لأنه يحتاج إلى أن يعلم منه ما هو نصه الحاكم إليه من ذلك ليشهد به عنده، وإنما يصير عالمًا بأن يعلم ذلك مشاهدة أو سماعًا، وألحقوا بالسماع ما إذا سمع من عدد التواتر، أو الاستفاضة ذلك عنه وحصل له العلم،

....

قالوا: وتطلق الشهادة في هذه الحالة كما يشهد بالموت والنسب والمطلق.

قال ابن الرفعة: هذا ما أورده العراقيون، قال الرافعي: وهل يشترط التعرض لسبب رؤية الجرح أو سماعه؟ قال قائلون: نعم فلا بدّ أن يقول: رأيته يزني، وسمعته يقذف، وعلى هذا القياس استفاض عندي.

وفي «الشامل»: إنه لا حاجة إليه، وليس للحاكم أن يقول: من أين عرفت حاله؟ وعلام بنيت شهادتك؟ كما في سائر الشهادات. وهذا أقيس، والأول أشهر، انتهى.

ولعلَّ من قال بالأول لا يكفي بقوله: استفاض عندي، لما سيأتي في «الشهادات» إن شاء الله تعالى.

قال الرافعي: ولا يجلس الجارح يذكر الزنا قاذفًا، كما لا يجعل الشاهد قاذفًا، فإن لم يساعده غيره فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا هل يجعلون قذفه؟ قال الشيخ: قلت: المختار الصواب أنه لا يجعل قاذفًا، وإن لم يوافقه غيره؛ لأنه معذور في شهادته بالجرح، فإنه مسؤول عنها، وهي في حقه فرض كفاية، أو متعينة فهو معذور بخلاف شهود الزنا، فإنهم مندوبون إلى الستر، فهم مقصرون، والله أعلم.

وبهذا ونحوه فرَّق الغزالي في «البسيط» وهو ملخص من «النهاية» نعم؛ إذا قلنا بما سبق عن الماوردي وابن الصباغ أنه لا حاجة إلى ذكر سبب الجرح من المزكي المنصوب، وأنه ليس للحاكم سؤاله عنه انقدح ما قاله الرافعي.

وقال الإمام: إن من أصحابنا من لم يشترط هذه المبالغة في ذكر السبب، وعنى بالمبالغة ما سبق من قوله: رأيته يزني... ونحو ذلك، واكتفى بذكر ما ينبه على ما يقع به الجرح لا محالة.

قال الإمام: ووراء هذا كثير، وهو أن المزكيين إذا جرحا بالنسبة إلى الزنا ففي العلماء من جعلهما قاذفين إذا لم يساعدهما عليه شاهدان آخران، وبه قال بعض أصحابنا، ومنهم من يستثني مقام الجرح، ولا يجعل نسبته إلى الزنا في

....

هذا المقام قذفًا، والسبب فيه الحاجة، فإن المزكي مراجع مستخبر، والقاذف من يبتدئ من غير مراجعة، فعلى الأول لا يكلفون التصريح، ثم يجب احتمال ما يأتون به إذا عرضوا حتى لا يقضى عليهم عند التصريح بالحد، وهذا تمهيد لعذر المراجع المستخبر، وعليه يحمل الحديث: **«أُذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ كَيْ يَحْذَرَهُ النَّاسُ»**(١) انتهى.

وصرَّح الشيخ أبو حامد أن القاضي إذا سأل الشاهدين عن سبب الجرح وكان زنًا لم يكن قذفًا؛ سواء كان بلفظ الشهادة أو بغير لفظها، وقاله الماوردي فيما إذا كان الشاهدان من أصحاب المسائل، وقال فيما إذا كانا من الجيران أنهما قاذفان إذا لم تكمل الشهادة، والفرق أن أصحاب المسائل نُدِبُوا لِلْإِخْبَارِ بِمَا سَمِعُوهُ، بخلاف الجيران.

قال ابن الرفعة: وكلام البندنيجي يقتضي أن ما حكي عن شيخه، أي: الشيخ أبو حامد في أصحاب المسائل أيضًا.

إشارة: قال ابن الرفعة إثر كلام الإمام: وفيما أبداه من عند نفسه في التوجيه نظر من حيث إنه يقتضي اختصاص الاكتفاء بالتعريض بالنسبة إلى الزنا، أمَّا في غيره فلا، وقد أفهم كلامه أولًا الاكتفاء بالتعريض فيه، وفي كل ما ينسبه إليه، انتهى.

وتوقف ما أشار إليه الإمام من الاختصاص بالزنا قول الدبيلي: فإن كان فاسقًا يجب أن يذكر فسقه من أي جهة هو، ويبين الجرح، فإن كان يشرب

---

(١) أخرجه الحكيم الترمذي (٢/ ٢٥٧)، والحاكم في الكنى (١/ ٤١٤)، وابن أبي الدنيا في «ذم الغيبة» (١٤٦، رقم٨٣) وفي «الصمت» (ص ١٤١، رقم ٢٢٠) والطبراني (١٩/ ٤١٨)، والعقيلي (١/ ٢٠٢)، وقال: ليس له أصل. وابن عدي (٢/ ١٧٣)، والبيهقي (١٠/ ٢١٠) وقال: هذا حديث يعرف بالجارود بن يزيد النيسابوري، وأنكره عليه أهل العلم بالحديث، وقد سرقه عنه جماعة من الضعفاء فرووه عن بهز بن حكيم، ولم يصح فيه شيء. والخطيب (٧/ ٢٦٨) وأبو بكر الإسماعيلي في معجمه (٢/ ٦٣٣)، والمحاملي في أماليه (ص ٢٦٦، رقم ٢٦٢)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٧/ ١٠٩، رقم ٩٦٦٦).

وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ، فَإِنْ قَالَ الْمُعَدِّلُ: عَرَفْتُ سَبَبَ الْجَرْحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ قُدِّمَ.

الخمر فيقول: شرب الخمر المتفق على تحريمها، وإن كان يشرب النبيذ فيقول: يشرب النبيذ حتى يسكر، وإن كان يأخذ الأموال ظلمًا بينوا، وإن كان يقذف المحصنات والمحصنين وغير ذلك ذكروا، وإن كان بزنا فلا يمكن أن يُصرِّحوا بذلك؛ لأنهم يصيروا قذفة، بل يعرضوا للقاضي بأنه يتبع المرأة الأجنبية بما لا يحل له منها، ويخلو بها الخلوة المذمومة، وما أشبه ذلك مما لا يلزمهم أنهم قذفة، ويقع للقاضي علم ذلك فترد شهادته، انتهى.

فخص التعريض بالزنا فقط كما اقتضاه آخر كلام، وهذا كله على وجه المرجح خلافه.

قال: **(وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ)** أي: يقدم بينة الجرح على بينة التعديل؛ لزيادة علم الجارح؛ لأن التعديل بأمر ظاهر والجرح باطن فقدم؛ لأن شاهده علم ما خفي على غيره، كما لو قامت بينة على الحق وبينة على الإبراء تقدم بينة الإبراء.

قال: **(فَإِنْ قال: الْمعَدِّلُ: عَرَفْتُ سَبَبَ الْجرحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ قُدِّمَ)** أي: لأن المعدل والصورة هذه زيادة علم.

قال ابن الرِّفْعَة: وذكر الأصحاب مسألة أخرى، وهي إذا شهد بجرحه ببلد ثم انتقل إلى غيره فعدَّله آخران منها فيُقدّم التعديل، كذا أطلقوه، ويظهر محله فيما إذا كان بين انتقاله من الأولى إلى الثانية مدة الاستبراء وإلا لم يقدم، انتهى.

وفي «البيان»: قال: أصحابنا: ولا تُقدم بينة التعديل على بينة الجرح إلا في مسألتين فذكرهما، وعلَّل الثانية بأن العدالة هنا طارئة على الجرح، والتوبة ترفع المعصية، وعبارة الجرجاني: إذا عرف بالجرح في بلده وانتقل إلى غيره فجرحه اثنان من أهل بلده، وزكاه اثنان من البلد الذي انتقل إليه قُدمت التزكية؛ لأنها ناقلة، ومعها زيادة علم، وزاد في الشَّافِعِي فقال: وهكذا لو غاب الشاهد فجرحه اثنان من أهل بلده، وزكاه اثنان من رفقائه في سفره، لأن من شهد بالجرح بنى على الأصل، ومن شهد بالتزكية، فهو ناقل، انتهى.

فافهم أن التزكية الطارئة على الجرح مقدمة، وإن لم يقل المزكي عرفت

....

سبب الجرح، وقد تاب عنه، وحسنت حاله، ونحو ذلك، وهو قضية نص الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين فإنه إنما شرط أن تمضي مدة تغير الحال في مثلها التغير الذي لو كان بمصرهما مجروحين فتغير إليها قبل شهادتهما، ولم يلتفت إلى الجرح.

قال: أبو عمرو بن الصلاح بعد نقله تعديله في البلد المنتقل إليه: وينبغي أن يكون هذا مخصوصًا بما إذا كان من عدَّله عالمًا بما جرى من جرحه، وإلا فقد يكون مستصحبًا في ذلك أصل القدم، انتهى.

وما ذكره ظاهر، ويجوز أن ينزل عليه إطلاقهم، وكلام الجرجاني ظاهر فيه، وأمَّا ما استدركه ابن الرِّفْعَة على إطلاقهم، وإنه يظهر أن يكون محله كذا؛ فصحيح.

وفي عبارة «الْحَاوِي» إشارة إليه، ثم رأيته منصوصًا في اختلاف العراقيين، نعم هذا فيما إذا كان الحال مما يقتضي اعتبار الاستبراء كما سيأتي.

تَنْبِيهٌ: ينبغي أن يأتي في صورة الكتاب ما أبداه ابن الرِّفْعَة، ونقلناه في صورة الانتقال: إذا كان الحال ما يحوج إلى الاستبراء، أو يقال: يسألهما الحاكم عن ذلك إن كانا ممن يجهله فيقول: متى تاب، أو من أي وقت تاب وحسنت حاله عندهما . . . ونحو ذلك.

وقد يؤخذ مما سنذكره عن المَاوَرْدِي أنه إذا علم أن السبب الجارح تقدم على التعديل بسنةٍ مثلًا أنه يكفي التعديل المطلق، ولا يشترط أن يقول ببينة: علمنا سبب الجرح وقد تاب منه، وحسنت حاله.

واعلم أن عبارة «الشامل»: ولا يقدم التعديل على الجرح إلا في مسألة، وهو أن يشهد على رجل بالجرح في بلد وينتقل إلى غيره، فيشهد شاهدان بتعديله في البلد الآخر، فإنه ثبتت عدالته؛ لأنها طارئة بعد الجرح، والتوبة ترفع المعصية، انتهى.

وأحسب الرَّافِعِي رأى في الصورتين مسألة واحدة وإن اختلفت العبارة،

....

وعبارة المَاوَرْدِي: ولو شهد اثنان بجرحه في سنة أو في بلد، ثم شهد اثنان بتعديله في سنة بعدها أو في بلد آخر، حكم بتعديله دون جرحه؛ لأنه قد يتوب، وينتقل عن الفسق إلى العدالة، ويهفوا كثيرٌ من الناس ثم يستقيموا، انتهى.

وقد يشعر كلامه بأنه لا يشترط في صورة التحول إلى بلد آخر مضي مدة الاستبراء.

فَرْعٌ: لو بيَّن الجارح السبب المفسق، وأسند صدوره من المجروح إلى زمن متقدم يحصل في مسألة الاستبراء، فقضيته ما سيأتي عن «الْحَاوِي» في القضاء عن الغائب أنه لا يؤثر ويعمل بالتعديل، وحينئذ يجوز أن يقال: وإذا بين السبب أن مسألة الحاكم عن زمنه، ويتعين هذا الاستفسار في العامي الجاهل؛ لأنه قد يكون رأى من الشاهد هنا في حال الشباب، ومن عليه أعوام كثيرة وتاب منها وأصلح.

فَرْعٌ: قال: الرُّويَانِي: لو قال: رجل للحاكم: لا تقبل شهادتي لأني جرحت، أو جرحت نفسي لم يرده ما لم يتيقن، انتهى.

ولعلَّ المراد: إنه لا يصير مجروحًا عنده بمجرد ذلك لا أنه يقبله من غير كشف عن كلامه، والمتوجه استفساره، فإن ذكر ما هو جرح عند القاضي فذاك، وإلا فلا عبرة بما أبداه على احتمال فيه؛ إذ ربما قدم فلم يصدق في التفسير خوف الفضيحة أو العقوبة، أمَّا إذا لم يفسر فيتجه التوقف عن قبول شهادته، كذا ذكرته بحثًا في «الْغَنِيَّة».

ثم رأيت القاضي أبا سعيد الهروي قال: في «الإشراق»: إنه لو قال: الشاهد: أنا مجروح، قُبِل قوله على نفسه من غير تفسير، بخلاف قول المجرح لا يقبل من غير تفسير، وجعل ذلك أصلًا لفرع ذكره، ثم أشار في آخر كلامه إلى تخريج وجه: إنه لا يقبل إقراره بالتجريح مطلقًا كما لو قاله على غيره، أي: فيستفسر فيهما جميعًا، وهو القياس، ويحتمل أن يُفرق بين العالم الموافق للقاضي في المذهب وبين غيره.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ].

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ)** أي: فيما شهد به عليّ، بل لا بد من البحث؛ لأن التعديل لحق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة الفاسق وإن رضي الخصم، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله، وهي لا تثبت بقول واحد.

والثاني: يحكم؛ لأن البحث عن عدالته لحقه، وقد اعترف بها، واختلفت العبارة عن المسألة، فقال الرَّافِعِي تبعًا للمراوزة: إذا أقرَّ الخصم بعدالة الشاهدين، ولكن أخطأ في هذه الشهادة، وعبارة العراقيين: إذا قال: هم عدول ولم يرد، وموضع الوجهين ما إذا جهل الحاكم فسقهم، فلو علمه لم يحكم بلا خلاف.

وعبارة شُرَيْح الرُّويَانِي: لا يحكم بشهادة مجهول الحال، فإن قال: المشهود عليه: هو عدل فاحكم عليّ بشهادته فوجهان، أخبار جدي: إنه لا يحكم لما سبق، وقيل قوله: هو عدل فاحكم علي بشهادته، إقرار وهو ضعيف، انتهى.

ولو قال: هما عدلان فيما شهدا علي، أو صادقان، حكم عليه بغير تزكية لإقراره.

وقال: القاضي الحسين: إذا قال: صدق علي الشاهد، أو هو عدل فيما شهد به عليّ، كان إقرارًا، وهل يكون تعديلًا للشهود حتى لا يحتاج إلى المسألة عنهما؟ فيه وجهان، انتهى.

وهذا فيه شيء؛ لأنه إذا كان إقرارًا، فأي حاجة بنا إلى المسألة عنهما؟ اللهم إلا أن يقال: إن الحكم يقع بشهادتهما السابقة لا بإقراره اللاحق، كما هو وجه في المسألة، وقد قال الرَّافِعِي: لو صدَّقهما فيما شهدا به قضى القاضي عليه بإقراره بالحق، واستغنى عن البحث عن حال الشاهدين، وكذا لو شهد واحد فصدَّقه، كذا أورده هاهنا.

وذكر في كتاب «الإقرار»: إنه لو شهد عليه شاهد فقال: هو صادق، أو

....

عدل، فليس بإقرار، وإن قال: هو صادق فيما شهد به، أو عدل فيه كان إقرارًا، قاله في «التهذيب».

قال: في «الرَّوْضَة»: في لزومه بقوله عدل نظر، وفي «الإشراق»: إنه لو قال: بعد أداء الشهادة: هو صادق علي، فهو إقرار، قاله: الْقَفَّال الشاشي.

ولو شهد معلومَ العدالة، ثم أقرَّ الخصم قبل حكم القاضي استند الحكم إلى الإقرار على المذهب، وقيل: إليهما جميعًا.

قلت: وقيل: إلى الشهادة، وذكر أنه لو أقرَّ بعد الحكم بشهادتهما فقد مضى الحكم مستندًا إلى الشهادة؛ سواء وقوع إقراره بعد تسليم المال إلى المدعي أم قبله، وفيما قبل التسليم وجهه، وإنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة: ما تشهد به علي فأنت عدل صادق، لم يكن ذلك إقرارًا لكنه تعديل إن كان من أهل التعديل، كذا نقلاه عنه وأقرَّاه.

وذكرا في كتاب الإقرار: إنه لو قال: أشهد علي فلان وفلان، أو شاهدان بكذا فهما صادقان، فهو إقرار على الأظهر، وإن لم يشهدا وكان الفرق أنه عين هاهنا المشهود به بقوله: بكذا، بخلاف مسألة الهروي، وفيه نظر إذا كان ذلك عقب المدعي عليه بشيء معين، وقد أحضر الشاهد ليشهد به عليه، وكذا في قوله: لكنه تعديل للشاهد؛ لأن الهروي يرى أن المذهب أنه يشترط أن يقول المعدل: أشهد أنه عدل كما سبق، نعم هذا اعتراف منه بعدالته وقد سبق ما فيه.

فَرْعٌ: لو جهل القاضي إسلام الشاهد قال: الْبَغَوِي وتبعاه: رجع فيه إلى قوله، انتهى.

وقيل: لا يقع بقوله: إلى مسلم حتى يختبر بالشهادتين، وأيد بحديث الأعرابي الذي شهد برؤية هلال رمضان، وقيل: شوهد في دار الإسلام على قديم العهد وحديثه حكم بإسلامه ظاهرًا وباطنًا ولا يسأل، حكاهما الْمَاوَرْدِي في «الشهادات» وقال: الجمهور: لا يعمل هنا في الإسلام بظاهر الدار من غير

....

سؤال، وإن جهل حريته لم يقبل منه إلا ببينة على الأصح، في «الْحَاوِي» و«المهذب» وغيرهما.

والثاني: قال: في «المهذب» وهو ظاهر النص: إنه يرجع فيها إليه كالإسلام.

قال ابن الرِّفْعَة: لأن الشَّافِعِي قال: في «الشهادات»: ولا يقبل الشاهد حتى يثبت عنده بخبر منه أو ببينة أنه حر، انتهى.

ولفظ نص «المختصر»: بخبرة منه، ولفظ «الأم»: حتى يثبت عنده بخبرة منه بهم، أو ببينة أنهم أحرار، انتهى.

ولا بشاهد في النص للوجه الآخر، بل هو شاهد للوجه الأصح، قال المَاوَرْدِي: واختلف أصحابنا في مراد الشَّافِعِي بكلامه هذا على وجهين:

أحدهما: لا يسمع الشهادة حتى يعلم حرية الشاهد وإسلامه، فيسمعها ثم يسأل عن العدالة لظهور الحرية والإسلام وخفاء العدالة.

والثاني: لا يحكم بها حتى يعلم حريته وإسلامه، ويجوز أن يسمعها قبل العلم بحريته وإسلامه.

فَرْعٌ: لا يصغي القاضي إلى شهادة المعلن بفسقه، وبه قطع الشيخ أبو محمد، وقيل: يصغي ثم يردها؛ لأنه أبلغ في التنكيل والتوبيخ من الرد قبل الإصغاء إليها، وأمَّا من علم بفسقهم أو قامت عنده بينة به، وهم غير مجاهرين فهل يصغي إليهم؟ يخرج من كلامهم فيه وجهان أيضًا: **أحدهما**: يصغي، ويقول للمدعي: زدني في الشهود تحسينًا للرد، **ووجه**: بأنه لو منعهم من إقامة الشهادة كان هتكًا للستر، وبه جزم القاضي الحسين أنه لا يصغي إليهم إذا تحقق فسقهم؛ لأنه إذا اشتغل بما لا يعنيه شغله عما يعنيه.

قال الإمام بعد نقله: وقد قدمت فيه ترددًا، والقياس: إنه لا يصغي إلى من يعلم أنه مردود، والوجه أن يقدم النذير إلى من يريد الإقدام على الشهادة من هؤلاء حتى لا يتعرضوا، فإن فعلوا فهم الذين هتكوا أستارهم.

....

ونختم الباب بمسائل مهمة:

إحداها: إذا شهد عنده عدول أو مجهولون بحق، وارتاب فيهم لعدم وفور عقولهم كما قاله جماعة، أو لنظرٍ له في الواقعة وخيال قد يدركه الفطن كما قاله الإمام، استحب له أن يُفرّقهم ويسألهم على الانفراد كيف تحملوا؟ فيقول: من تحمل منكم أولًا وثانيًا؟ ومتى تحملتم أفي شهر كذا أم في يوم كذا أم في ساعة كذا؟ وعن المكان فيقول: أفي دار وفي أي مكان منها؟ لأن مع قصور العقل وخيال النفس لا تطيب النفوس بقولهم، وقيل: وأول من فرَّق الشهود دانيال، وقيل: سليمان بن داود عليهم الصلاة والسلام.

قال: الأصحاب: ولا يدع من يسأله منهم يرجع إلى أصحابه قبل أن يسألهم؛ لاحتمال أن يعيد عليهم ما قاله فيوافقوه.

قلت: وينبغي أن يُفرِّقهم فجأة قبل أن يفهموا عنه ذلك فيحتالوا، فيجعل كل واحد بمكان بمفرده كما صنع علي رضي الله عنه ثم يستدعيهم واحدًا واحدًا، فإن اتفقوا وعظهم وخوفهم فيقول: شهادة الزور من أكبر الكبائر، وغير ذلك مما قدمناه، فإن ثبتوا استحب أن يقول للخصم: شهد عليك فلان وفلان بكذا، أو شهد عليك هذين وقبلت شهادتهما، وقد مكنتك من جرحهما إن كان ممن لا يعلم أن له الجرح؛ لأن فيه تنبيهًا له على حفظ حقه، وانتفاءً للتهمة.

أمَّا لو علم أن له ذلك ففي «المهذب» والتهذيب قبيل كتاب «الدعاوى» أن له أن يقول ذلك، وأن يسكت.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يجيء فيه ما حكيناه من قول القاضي للمدعي: ألك بينة؟ فإن قال: المدعى عليه: لي بينة بالجرح، أُمهل ثلاثة أيام فما دونها على حسب ما يراه القاضي على ما سيأتي، وللمدعي ملازمته إلى أن يثبت الجرح؛ لثبوت حقه في الظاهر، فإن لم يأت بالجرح في المدة المضروبة كان للمدعي المطالبة بالحق؛ لتعين حقه، وعدم المانع منه، قال: ابن يونس وغيره: ويجب على الحاكم الحكم وإن بقيت الريبة، وكذا لو رجعوا في بيان

....

مكان التحمل وزمانه، فقالوا: لا نذكر الزمان والمكان، ولكنا نتحقق ما شهدنا به، فليس للقاضي أن يجبرهم على التعرض لذلك، ولكن لو بقيت ريبته وازداد ارتيابًا من إصرارهم على ما يراجعون فيه.

قال الإمام: فللقاضي أن يبحث عن جهات أُخر فعساه أن يطلع على مطعن، فإن لم يكن يحتم عليه إمضاء القضاء مع انطوائه على الريبة لقيام البينة العادلة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي في باب الشهادة على الشهادة أن الأولى أن يبين المدعي والشهود السبب في الدعوى والشهادة، فإن ارتاب القاضي بحال الشهود طلب منهم أن يبينوا السبب، فإن امتنعوا عنه فوقعت له ريبة بهم ردّ شهادتهم، وإن لم يقع له ريبة بامتناعهم عن ذكر السبب لم يحل له أن يرد شهادتهم، انتهى.

وأما إذا كان الشهود وافري العقول فقهاء ظاهرهم حسنًا، فلا يُفرقهم؛ لأن فيه تهمة لهم، فظنا فيهم، قال: القاضي أبو الطيب: حكي أن رجلًا شهد عند أبي عمر القاضي ـ أي المالكي قاضي العراق ـ ببيع بستان فقال: له: كم نخلة في البستان؟ فقال: لا أشك أن القاضي أعلم بداره مني بالبستان، فقال: له: نعم، فقال: له: كم جذع في دارك؟ فسكت عنه، وحكم بشهادته لما ظهر من وفور عقله، ولو سألهم فلهم ألا يجيبوه ولا يزيدوا على أداء الشهادة.

تنبيهان:

أحدهما: قال ابن الرِّفْعَة: كلام «التَّنْبِيه» و«المهذب» يقتضي استحباب التفريق بمن هو ثابت العدالة عنده، قال: والأصحاب من العراقيين لما حكوا قول الشَّافِعِي، وأحب إن لم يكن لهم شدة عقول أن يفرقهم المسألة، قالوا: هذا التفريق في حالة الجهل بعدالتهم قبل أن يبحث عنها؛ لأنهم إذا اختلفوا رد شهادتهم واستغنى عن البحث، وإن بينوا بعد التفريق والوعظ حينئذ يسأل، وأطلقوا القول بأنهم إذا كانوا عدولًا أمضى شهادتهم، قال: لكن ما ذكره الشيخ من التفريق ليس بعيدًا عن القياس، وعليه ينطبق إيراد الإمام هنا.

....

وفي كتاب «الإقرار» حيث قال: وليس ما ذكرناه من جواز الاستفصال من القاضي يعود إلى خبرته، ولكنه ينظر إلى حال الشاهد، فإن رآه على عدالته خبيرًا بشرائط الشهادة فطنًا مستقلًا فله ترك الاستفصال حتمًا، وإن تمادى في أمره فلا بدّ من الاستفصال، وقد يقع حالة تجب المباحثة فيها حتمًا، والاحتياط لقضيتها، ومن هذا القبيل كما قاله في كتاب «الشهادات» سماع شهادة العوام، وإن كانوا عدولًا يتعين الاستفصال فيها، وليس الاستفصال مقصودًا في نفسه، وإنما الغرض تبين تثبتهم في الشهادة.

وكذا قول صاحب «الْحَاوِي» و«الْبَحْر»: إذا استقرت العدالة بالبحث، فإن تحددت فيه استبراؤه أعاد البحث والكشف، وإلا فلا يعيده، وقال: القاضي الحسين: إن محل البحث إذا عرف القاضي عدالة الشهود، ثم طالت المدة واحتمال التغير، وعلى هذا يمكن حمل كلام الشيخ: ولمنازع إن تنازع في حمل كلامه عليه، انتهى.

قلت: والظاهر أن كلام الجميع متفق، وإنه متى ارتاب شرع له التفريق، سواء كانوا عدولًا عنده أم لا كما صدرنا به المسألة، وإنما أطلق مطلقون أن التفريق يكون في حالة الجهل بعدالتهم نظرًا إلى الغالب، فصدر كلام الرَّافِعِي يوافق ما قلنا حيث قال: فإذا ارتاب القاضي بالشهود أو توهم غلطهم فينبغي أن يُفرِّقهم ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة عامًا وشهرًا ويومًا وغدوة وعشية، وعن مكان محلة وسكة ودارًا وصفة أو صحنًا . . . إلى أن قال: ومهما اتفقوا في الجواب ولم يتعرضوا للتفصيل، ورأى أن يعظهم فعل، فإن أصرّوا وجب القضاء إذا تحقق شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة عقل ومخيلة نقص؛ فالمنصوص والمشهور أنه لا يُفرِّقهم؛ لأن فيه غضًا منهم.

وفي «جمع الجوامع» للروياني: إنه يُفرِّقهم أيضًا؛ ليقف على عورة إن كانت، وفي «التهذيب»: إن فرقهم بمسألة الخصم فلا بأس، انتهى.

ولم يفرق بين المجهول عنده وغيره، لكن قوله فيما بعد، فإن قلت: متى

....

يُفرقهم القاضي قبل التزكية أو بعدها، وأجاب بأن الغزالي أمر بالبحث والاستفصال على الاستزكاء وهو الوجه، فإنه إن اطلع على عورة استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، فإن لم يطَّلع فإن عرفهم بالعدالة قضى، وإن لم يعرفهم فحينئذ يستزكي، قد يفهم أن ما صدَّر به كلامه في المجهولين، وفيه نظر، فإن قوله: وإن عرفهم بالعدالة قضى... إلى آخره، يشير إلى ما قلناه؛ إذ لا يُعرف المجهولون بالعدالة بمجرد اتفاق كلمتهم، بل لا بد من التزكية.

الثاني: قدَّمنا أن التفريق مستحب، وقضية جواز تركه والحكم بشهادتهم.

وقال الإمام في كتاب «الإقرار» ما تقدم، وقال: هنا: وتبعه الغزالي في «الْبَسِيط» و«الوسيط» أنه حتم، فلو ابتدر القضاء والإمضاء لم يمض قضاؤه، فإن حقه أن لا يقضي إلا بعد بذل المجهود في التبيين، وطلب غلبة الظن، انتهى.

وما قاله ظاهر، قال الرَّافِعِي: وعامة الأصحاب اقتصروا على الاستحباب، وهو الموافق للمختص، وربَّما يفهم إيراد بعضهم الفرق بين أن يسأل الخصم التفريق، فيجب لأنه قد تعرف منهم ما لا يعرفه القاضي أو لا يسأل فيجب، انتهى.

وفي «روضة» شُرَيْح: إن كانوا موضع تهمة فرَّقهم، وهل يلزم الحاكم تفريقهم؟ فيه وجهان، فتحصلنا على ثلاثة أوجه يستحب إن طلبه الخصم وجب وإلا فلا، ويشبه أن يقال: إن قويت الريبة وجب وإلا فلا.

المسألة الثانية: هل يتعين على الشاهد التفصيل؟ فيه وجهان في إقرار «النهاية» قال: ولا خلاف أنه لا يجب على الشاهد تفصيل الزمان والمكان وإن استفصل القاضي، والفرق أن الجهل بالشرائط يقدح والجهل بالزمان والمكان لا يقدح، انتهى.

ويجب أن يكون موضع الوجهين ما لو علم الشاهد أنه لو ترك التفصيل لم يفت بذلك حق من دم أو مال أو بضع، أمَّا لو علم أنه لو لم يفصل لفات بذلك حق الطالب، أو المطلوب، فالوجه وجوب التفصيل قطعًا.

....

وفي «روضة» الرُّويَانِي: إنه إذا شهد الشهود بالمال فليس للقاضي أن يسألهم عن جهة ثبوت هذا المال، فإن اتهمهم فهل له أن يسألهم؟ حكى جدي فيه وجهين.

قلت: وهذا غريب، أمَّا كونه لا يجوز أن يسألهم عن جهة ثبوت المال فإن كانوا بارزي العدالة عنده عالمين، ولم ينقدح عنده تهمة، ولا تُلمح ريبة، فظاهر لما فيه من التعنت والأذى، أمَّا لو اتهمهم أو جهلهم ففي كونه لا يجوز سؤالهم على وجهٍ مطلقًا بُعد كبير، وسبق عنه رواية وجهين أنه هل يلزمه أن يفرقهم إذا كانوا موضع تهمة؟ فيه وجهان: فبحث تنزيل الخلاف الثاني على غيرهم ممن أشرنا إليه.

المسألة الثالثة: المشهور وبه جزم جماعة أنه لا يجب التفسير في التعديل، وحكى الرَّافِعِي كما تقدم فيه وجهًا، وتكلمنا عليه، وجزم به المَاوَرْدِي في موضعين، ثم حكى الخلاف في موضع ثالث بلا ترجيح، ثم ذكر في باب الشهادة على الحدود أنه لا يحتاج إلى تفسير بخلاف الجرح على الصحيح من المذهب، وسبق أنه يشترط فيمن يشهد بالعدالة والفسق أن يكون عالمًا بهما، وقلنا أن غالب الناس تجهل ذلك، وحينئذ لا يسوغ إطلاق القول بأنه تقبل الشهادة بالعدالة مطلقًا.

وقد قال الإمام: إن الحق أنه إن كان المزكي عالمًا بأسباب الجرح والتعديل اكتفينا بإطلاقه وإلا فلا، واختاره الغزالي، ذكراه في «الأصول» والرافعي والمصنف في «الرَّوْضَة» وغيرها، وسبق كلام الإمام المذكور في كتاب «الإقرار» وغيره في استفصال الشاهد عن الشهادة من حيث هي، وما أبداه من التحقيق في ذلك يتعين اعتماده، وسيأتي عنه ما يقتضي وجوب استفسار العامي ونحوه.

إذا علمت هذا فاعلم أن أكثرهم يقلل وجوب التفسير والتفصيل في الجرح وغيره مما يجب فيه التفصيل أو التفسير بأن العلماء مختلفون فيه، وقد يكون الشاهد مخالفًا للقاضي، وقد يظن ما ليس يجرح جرحًا، وما ليس يرشد

....

رشدًا، وما ليس بموجب للنفقة موجبًا، وغير ذلك مما يطول عده، وحينئذ يجب أن يقال: إذا لم يكن المزكي متصفًا بما سبق من المعرفة وجب التفسير كالجرح، وهذا متعين في الجاهل وكذا في العالم المخالف للقاضي في المذهب؛ لأنه قد يرى من ليس بعدل عند القاضي عدلًا، فيأتي التفصيل السابق في الإخبار عن نجاسة الماء.

وقال المَاوَرْدِي إثر قول «المختصر» في الجرح: ولا تقبله إلا من كذا، وهذا كما قال: لا يجوز للحاكم أن يقبل شهادة الشهود بالجرح والتعديل حتى يذكروا أسباب الجرح والتعديل، خلافًا لأبي حنيفة؛ لأن الجرح والتعديل إلى الحاكم دون الشهود فاعتبر فيه اجتهاده، ولأن الناس مختلفون في الجرح والتعديل، ثم قال: فإذا ثبت أن الحاكم لا يسمع الشهادة فيهما حتى يسأل الشهود عن سببهما، فيستوي سؤاله عن الشهادة بالتعديل، وعن الشهادة بالجرح؛ لأنه قد يجوز أن يعدل من ليس بعدل، كما يجوز أن يجرح من ليس بمجروح، فوجب على الحاكم أن يسأل عنهما جميعًا، فإن قلت: ثم فرَّق من قال: أن المذهب المشهور الفرق بين التجريح والتعديل.

قلت: فرَّق الرَّافِعِي وبعض الفريقين من المراوزة والعراقيين بما سبق، وهو أن العدالة تكون بالتحرز عن أسباب الفسق، وهي كثيرة يعسر ضبطها وعدّها، وفرَّق الهروي، والعبادي، وشريح الرُّويَانِي بأن العدل بقول: لا أعرف ما يسقط عدالته، ومن لا يعرف لا يطالب بالتفسير، ومن يجرح يعرف فيفسر، ولا يخفى ما في الفرقين من اللين، ولم أر للشافعي ما يدل بدلالة ظاهرة على الفرقة.

المسألة الرابعة: سبق أنه يقبل شهادة الحسبة بالتعديل والجرح، وأن القاضي الحسين قال: به في الجرح دون التعديل، وظاهر إطلاق الرَّافِعِي وغيره: إنه لا فرق بين كون ذلك بعد الأداء والحاجة إلى الجرح أم لا، وقال ابن أبي الدَّم: وشهادة الحسبة عبارة عن أدائه شهادة تحملها ابتداء لا بطلب طالب، ولا بتقدم دعوى مدع، ومعنى حسبة، أي: احتسابًا بالله تعالى، وعليه

....

حمل حديث خبر الشهود، ورأيت في «شافي» الجرجاني قبيل باب شهادة القاذف ما لفظه: ولا يجوز إثباته قبلها لعدم الحاجة، ولا يجوز التسجيل بالفسق؛ لأن الفاسق يقدر على إبطاله بالتوبة فلا فائدة فيه، انتهى.

وهذا عجيبٌ، ولعلَّ المراد به إذا لم تدع حاجة إليه، أمَّا لو دعت إليه فيجوز، بل يجب في أحوال وإبطاله بالتوبة إنما يؤثر في المستقبل لا في دفع ما شهد، وحكم به في حال فسقه.

المسألة الخامسة: سبق أن المذهب وقول الجمهور أن قول الحاكم ثبت عندي كذا ليس بحكم وأن الرُّويَانِي نقله عن نص «الأم» ورأيت من توقف فيه، ثم وقفت على «الأم» فرأيته ﵁ قال: وإذا كتب القاضي إلى القاضي بما ثبت عنده ثم مات القاضي الكاتب أو عُزل قبل أن يصل كتابه إلى القاضي المكتوب إليه، ثم وصل قبله، ولم يمنع من قبوله بموته ولا عزله؛ لأنه يقبل بينته كما يقبل حكمه.

ألا ترى أنه لو حكم ثم عزل أو مات قبل حكمه هكذا يقبل كتابه، ثم قال: الربيع بعد ذلك بأسطر: قال: الشَّافِعِي: كتاب القاضي كتابان: أحدهما: كتاب يثبت وكتاب يستأنف المكتوب إليه به الحكم، والآخر كتاب حكم فيه، فإذا قبله أشهد على المحكوم له أنه قد ثبت عنده حكم قاضي بلد كذا، ثم قال: بعده بدون قائمة: قال: وإذا كان ببلدته قاضيان كبغداد، فكتب أحدهما إلى الآخر بما ثبت عنده من البينة لا ينبغي أن يقبلها حتى يعاد عليه، إنما يقبل البينة في البلد الثانية التي لا يكلف أهلها إتيانه، انتهى.

فهذه النصوص مصرحة، أو كالمصرحة بما ذكرناه، والله أعلم.

المسألة السادسة: في «فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح» أن الشيخ أبا علي السنجي ذكره في «شرحه الكبير» أنه إذا شهد على إقرار رجل بحق ثم صار الشاهد حاكمًا في تلك البلدة، فشهد على شهادته شاهدان، ومضى صاحب الحق بهما إلى حاكم بلد آخر، وشهد له الفرعان وحلف معهما، فحكم له

....

الحاكم مستوفيًا شرطه، ثم أشهد عليه الشاهدين بالثبوت والحكم، ونقلت القضية إلى الحاكم الشاهد بأصل الحق، وأثبت عنده إشهاد الحاكم بالثبوت والحكم وبين البلدين مسافة العدوى فأكثر.

قال الشيخ أبو علي: يجوز للحاكم المذكور أن يثبت ذلك والحكم به عن الحاكم الثاني ولم يحك فيه خلافًا، ثم ذكر أنه لو شهد شاهدان عند حاكم دمشق بحق، حكم به بشهادتهما أنه يجوز أن يشهدهما بأعيانهما أنه حكم بالحق بشهادتهما، ويتحملا هذه الشهادة عنه، ويمضيا إلى حاكم مصر مثلًا، فإذا ادعى بالحق عنده فقالا: أشهدنا حاكم دمشق أنه حكم بهذا الحق بشهادتنا، فعلى حاكم مصر العمل بها إذا كانا عدلين عنده، وأيضًا قال: وقال: أبو طاهر الزيادي: صح وجهٌ واحدٌ، وعلى هذا تفقهت وفقهت الناس بخراسان، وما وراء النهر.

وقد ذُكر عن الشيخ أبي علي أنه ذكر في هذه المسألة الثانية وجهين، فالمختار عندكم في ذلك كله، قال أبو عمرو: في المسألة الثانية خلاف، وعن الإصطخري المنع من قبول شهادتهما وهو الأظهر الأقوى؛ لأن أصل ثبوت الكتاب عند الحاكم.

الثاني: تقع بشهادتهما مع تمكن التهمة منهما، وفي المسألة الماضية الصادر من الحاكم الثاني ليس عن التنفيذ بحكم، ثم من غيره والعمل به، وليس في ذلك إثبات ولا إنشاء حكم بقول منهم، وقطع أبو طاهر بالجواز في ذلك غير مرضي، انتهى.

وربما تأتي المسألة في موضع آخر بزيادة إن شاء الله تعالى.

المسألة السابعة: تعجلتها في «الْغَنِيَّة» هنا من كتاب «الشهادات» خشية الفوت بالموت، وهي مهمة، وفيها شاهد بعض ما أسلفناه، قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» قبيل باب اختلاف الشهود: هل يجوز للشاهد أن يشهد باستحقاق زيد على عمرو درهمًا مثلًا، إذا عرف سبب شغل ذمته أم لا؟ قال: ابن أبي

....

الدَّم في موضع من أدب القضاء: فيه وجهان شائعان في لسان أئمة المذهب، والمشهور فيما بينهم أنها لا تسمع، قال: وهذا لم أظفر به منقولًا مصرحًا به هكذا غير أني تلقيته من كلام المراوزة، وفهمته من كلام مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها، بل وظيفته نقل ما سمعه من إقرار أو عقد سائغ أو غير ذلك، أو شاهد من غصب أو إتلاف ونحو ذلك، ثم الحاكم ينظر فيما نقله الشاهد إليه، فإن كان شيئًا صالحًا عنده رتب عليه موجبه، وإن لم يره سببًا صالحًا وهو مجتهد فيه لم يعمل به، والسبب في ذلك أن الأسباب الملزمة متنوعة مختلف فيها، فقد يظن الشاهد شيئًا شيئًا وليس هو سبب عند أحدٍ من الأئمة، أو عند الحاكم فقط، فكلف الشاهد نقل ما سمعه أو رآه لنظر الحاكم فيه، والذي رأيته منقولًا ما حكاه المَاوَرْدِي في مسألة رهن الشيء بدين ثم يرهنه بدين آخر، عند المرتهن مسألة الخلاف المشهورة وهي: إنه إذا أقرَّ الراهن والمرتهن عند شاهدين أن العبد رهن بألفين، نظر إن قيدا إقرارهما بشرح الحال، فعلى الشاهدين أن يؤديا إلى الحاكم ما سمعاه من إقرارهما مشروحًا، فلو أراد الشاهدان أن لا يذكرا شرح الإقرار بل يشهدان أن العبد رهن بألفين، فإن كانا من غير أهل الاجتهاد لم يجز ووجب عليهما شرح الحال، وإن كانا من أهل الاجتهاد فهل يجوز لهما أن يجتهدا في الإقرار ويؤديا بالشهادة عند الحاكم على ما يصح في اجتهادهما؟ فيه وجهان: الأصح: المنع، وعليهما نقل الإقرار إلى الحاكم مشروحًا على صورته، وهكذا القول في كل شهادة طريقها الاجتهاد، وإن كان إقرار المتراهنين مطلقًا بأن أقرا عندهما أن هذا العبد رهن بألفين مطلقًا، ولم يقيدا لكن علم الشاهدان أن الذي وقع في الباطن هو رهن العبد أولًا على دين ثم على دين آخر، فهل يجوز لهما أو يجب عليهما أن يشهدا بالإقرار المطلق، وليس عليهما الإخبار بما علماه في الباطن؟ فيه وجهان: أصحهما: إن عليهما أن يشهدا بالإقرار، وعليهما أيضًا أن يشهدا بالإقرار، وعليهما أيضًا أن يشهدا بما علماه في الباطن، وهكذا القول في كل ما علمه الشاهد مع ما يحمله إلا

....

أن يكون ما علمه ينافي ما تحمله، أو يعتقد أنه مناف لما تحمله، فيلزمه الإخبار بما علمه، وهذا كله مبني على الوجهين في اجتهاد الشاهد، هذا كلام المَاوَرْدِي، وملخصه: إن العامي لا يجوز له إطلاق الشهادة المقيدة باجتهاده، وهل يجوز للشاهد المجتهد؟ فيه خلاف في طريقة الاجتهاد، ومفهوم هذا أن السبب إذا كان مجمعًا عليه جاز أن يشهد بالاستحقاق، والذي أراه أن لا يسمع هذا من الشاهد، وعليه بيان السبب كيف كان سدًا لباب الاحتمال ونفيًا للريب، كما فعلنا ذلك في شهادة النفي المحصور المضاف إلى زمن مخصوص محصور، فإن الشهادة مما ينبغي أن يحتاط لها، وقال: قبل ذلك بأوراق: إن الشاهد إذا قال: أشهد أن هذا يستحق في ذمة هذا درهمًا هل تسمع هذه الشهادة؟ فيه ثلاثة أوجه حكيناها من قبل المذهب أنها تسمع ويعمل بها.

والثاني: لا تسمع؛ لأن هذا من وظيفة الحاكم.

والثالث: إن كان الشاهد متمذهبًا بمذهب القاضي سمعت، وإلا فلا، وكلامه في الموضعين متناقض لا شك فيه، نعم؛ كلام المَاوَرْدِي مع هذا لا تناقض فيه؛ لأن ذلك محمول على جواز الإقدام للشاهد، وهذا في جواز الحكم بتلك الشهادة، هذا كلام ابن الرِّفْعَة، وقد تصفحت «أدب القضاء» المذكور تصفحًا شافيًا فلم أر فيه إلا الموضع الثاني فقط، والقلب إلى ما حكاه من كلامه الأول أميل.

لكن ما ذكر أنه المذهب هو ظاهر نص «الأم» و«المختصر» في باب الشهادة على الشهادة، فإنه قال: وإذا سمع الرجلان الرجل يقول: أشهد أن لفلان على فلانٍ ألف درهم، ولم يقل: لهما اشهدا، فليس عليهما أن يقوما بهذه الشهادة، فإن قاما بها فليس للقاضي أن يحكم بها؛ لأنه لم يسترعهم الشهادة فيكون إنما شهد بحق ثابت عنده، وقد يجوز أن يقول: أشهد أن لفلان عليه ألف درهم وعده إياها، أو من وجه لا يجب؛ لأنه غير مأخوذ بها، فإذا كان مؤديها إلى القاضي أو يسترعي من يؤديها إلى القاضي لم يكن ليفعل إلا وهي عنده واجبة، وأحب للقاضي أن لا يقبل هذا منه وإن كان على الصحة حتى يسأله من أين هي له عليه؟

....

فإن قال: بإقرار منه، أو ببيع حضرته أو سلف، أجازه، فإن قال: هذا ولم يسأله القاضي كان موضع عناء، ورأيته جائزًا من قبل أنه إنما شهد بهذا على الصحة، هذا لفظ «الأم» ولخَّصه الـمُزَنِيّ.

وقال: القاضي شُرَيْح الرُّويَانِي: قال الشَّافِعِي: وإن شهد الشاهد بالمال، فأحب ألَّا يقبل هذا منه، وإن كان على الصحة حتى يسأله من أين هو؟ وهذا صحيح، وإذا استراب فإنه يسألهما، وإن لم يكن فيهما ريبة لم يسألهما، ومتى قلنا: يسأل في موضع الريبة فهل يلزم الحاكم السؤال؟ وجهان، انتهى.

وقال في «الشامل» عقب إيراد النص: إن هذه المسألة ليست من باب الشهادة على الشهادة، وإنما هي من باب شاهدي الأصل إذا شهدا أن لفلان على فلان كذا، وكذا فإن نسبا ذلك إلى جهة جاز، وإن أطلقا استحب للحاكم ـ إن كان ممن لا يثق شدة عقولهما وقوة تحصيلهما ـ أن يسألهما عن جهة الحق فإن ترك السؤال جاز، وهذا كما قلنا في تفريق الشهود، يعني من التفصيل.

وفي «الْحَاوِي»: وإن أغفل الشاهد ذكر السبب وقال: أشهد أن لفلان عليه ألف درهم فينبغي للحاكم أن يقول: من أين شهدت عليه؟ ولا يقول: كيف شهدت عليه؟ لأن قوله: كيف شهدت عليه قدح، وقوله: من أين شهدت استخبار، وللحاكم أن يستخبر الشاهد، وليس له أن يبتدئ بالقدح فيه، فإذا سأله الحاكم أين شهدت؟ فينبغي أن يبين له هل شهد على إقراره بالحق أو عن حضور السبب الموجب للحق؛ ليزول به الاحتمال عن شهادته، فإن سأله الحاكم فلم يخبره، نظر فيه، فإن كان فيه غفلة لم يحكم بشهادته؛ لاحتماله مع الغفلة، إِنْ كَانَ ضَابِطًا مُتَيَقِّظًا، حَكَمَ بِشَهَادَتِهِ؛ لِانْتِفَاءِ الِاحْتِمَالِ بِالضَّبْطِ وَالتَّيَقُّظِ، وَإِنْ لَمْ يَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ فَالْحَاكِمُ هُوَ الْمُقَصِّرُ، وَحُكْمُهُ إِنْ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ نَافِذٌ؛ لِأَنَّ سُؤَالَهُ اسْتِظْهَارٌ، وَتُحْمَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى ظَاهِرِ الصِّحَّةِ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ مَا يُنَافِيهَا، انتهى.

وعلى ظاهر النص جرى الدَّارِمِي والمحاملي وغيرهما من العراقيين، ولا أحسب بينهم خلافًا في ذلك، وهو قضية كلام الجويني في «مختصره» والغزالي

....

في «خلاصته» وغيره من كتبه، وبه صرَّح الْفُورَانِي في «العمد» وهو قضية ما في «الإبانة» و«النهاية» وكلام الْقَفَّال المروزي، والْبَغَوِي، والرافعي، وغيرهم.

وبهذا بان أن المذهب ما نقله ابن أبي الدَّم من القول، وأن ما بحثه وتلقاه من مدارج كلام المراوزة غريب في النقل، وإن كان هو المختار الراجح دليلًا، فإن أكثر الناس يعتقد ما ليس بملزم ملزمًا، وما ليس بسبب سببًا، والمذاهب في الأسباب الملزمة مختلفة جدًا، فالحنفي يرى إتلاف خمر الذمي موجبًا للضمان، وهو والمالكي تصححا بيع الكلب الصائد ويوجبا ضمانه، إلى غير ذلك، وسبق قول الإمام وتبعه الرَّافِعِي وغيره: إن معظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة، تحوج الحاكم إلى الاستفسار.

والوجه الثالث: الفارق بين الموافق في المذهب وغيره حسن، ويقرب من مسألتنا ما ذكره القاضي أبو سعد الهروي في «الإشراق»: إنه لو حكم الحاكم لإنسان بالملك في شيء وهو صاحب اليد عليه فادَّعى خارج انتقال: الملك إليه، وشهد له شهود على انتقال: الملك منه بسبب صحيح يوجب نقل الملك ولم يبينوا سبب النقل.

قال: أبو سعيد: وقعت هذه المسألة فأفتى فقهاء همذان بأن البينة مسموعة محكوم بها للخارج، كما لو بينوا السبب، وهي طريقة فقهاء العراق.

قال: ورأيت بذلك فتوى المَاوَرْدِي وأبي الطيب بخطهما، قال: وميلي إلى أن البينة لا تسمع ولا يحكم بها للخارج، وهو طريقة الْقَفَّال وغيره من فقهاء مرو؛ لأن أسباب الانتقال: مختلف فيها بين أهل العلم، فصار كما لو شهدوا على أنه الوارث، أو ثبوت الشفعة للشفيع مبهمًا، وأطال إلى أن قال: فخرج في المسألة ثلاثة أوجه:

طريقة العراق: إنه لا يضر إبهام السبب، وطريقة مرو: إنه يجب بيان السبب، ووجه ثالث: إن كان الشاهد فقيهًا على مذهب القاضي يعرف صحة السبب لم يضر الإبهام، وإن لم يكن فقيهًا أو لم يكن على مذهب القاضي فإنه

باب الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

قال المصنف: [هُوَ جَائِزٌ ....

لا بد من بيان السبب، والتفصيل لا بأس به، انتهى كلام أبي سعيد.

والظاهر أن ابن أبي الدَّم من هنا أخذ الأوجه الثلاثة السابقة، لكن سبق عن الْقَفَّال وغيره من المراوزة في مسألة الإقرار: الجري على ظاهر النص كما سبق، ومأخذ الصورتين واحد فيما يظهر، بل قد يقال: إن أسباب الانتقال: أوضح وأبين من أسباب شغل الذمة، فتلك الصورة أولى بالخلاف.

وفي «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي في باب أحكام البينات عن ابن سُرَيْج أنه قال: لو ادَّعى على آخر مالًا في يده وطلب يمينه، فأقام المدعى عليه بينة على ما يدعيه من ميراث أو بيع، فله ذلك، ويسقط عنه اليمين.

قال: ابن سُرَيْج: وهل يحتاج إلى بينة المدعى عليه إلى الكشف عن سبب الملك أم يكفي أن يشهد أن الشيء له مطلقًا؟ وجهان، انتهى وبالله الإعانة والتوفيق.

قال الشارح: قال: (**هُوَ جَائِزٌ**)، استدل له الأصحاب بقوله ﷺ لهند: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمعرُوفِ**»(١) وجعلوا ذلك قضاء على غائب، وكذا ترجم عليه البخاري في «الصحيح» وذكر السهيلي وأبو نعيم الأصبهاني أنه كان حاضرًا بمكة.

بل نقل القرطبي في تفسير سورة الممتحنة أنه لما قال: النبي ﷺ: «**ولا تسرفن**» قالت هند: إن أبا سفيان رجل شحيح وإني أصيب من ماله، فقال أبو سفيان: هو لك حلال، وهذا إن صحَّ كان نصًّا في حضوره مقالتها السابقة.

ورأيت في «صحيح» الحاكم: ثم قالت هند: «لا أبايعك على السرقة، فإني أسرق من مال زوجي، فكفَّ النبي ﷺ يده وكفَّت يدها حتى أرسل إلى أبي سفيان يتحلل لها منه، فقال أبو سفيان: أما الرطب فنعم، وأما اليابس فلا

---

(١) أخرجه البخاري (٩٥).

....

ولا نعمة»[١] قال: الحاكم: حديث صحيح، وأقره الحافظ الذهبي في «مستخرجه» على تصحيحه.

وذكر الرَّافِعِي في «النفقات» ما يدل على أن ذلك إفتاء.

وقال المصنف في «شرح مسلم»: لا يصح الاستدلال به؛ لأن هذه القضية كانت بمكة وكان أبو سفيان حاضرًا بها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبًا عن البلد، أو مستترًا لا يقدر عليه، أو متعززًا ولم يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجودًا، فلا يكون قضاء على الغائب بل هو إفتاء، انتهى.

وهذا واضح، وكيف يكون قضاء ولم يقدر ما حكم به، ولم يجز دعوى ولا تحليف، وقال ابن الرِّفْعَة تبعًا للماوردي: قوله: خذي، دليل على أنه ليس بفتوى، وإلا لقال: لا بأس عليك ونحوه، وقد قام ﷺ بالزوجية مقام البينة، انتهى.

وهذا لا يقوى، واستدلوا أيضًا بحجر عمر رضي الله عنه على الأسيفع الجهني، وأنه باع ماله في ديونه، وذكروا أنه كان غائبًا، وأيضًا فالبينة مسموعة باتفاق الخصم على الحاضر الساكت، وبأن الحكم على الصغير والميت جائز، وهما أعجز في الدفع من الغيبة، وحكى الرَّافِعِي عن رواية صاحب «التقريب» أنه حكى قولًا: إنه لا يقضي على الغائب إلا إذا اتصل به حاضرًا، كمذهب أبي حنيفة.

والذي في «النهاية» عن صاحب «التقريب»: إنه حكى قولًا غريبًا في منع القضاء على الغائب رواية حرملة عنه، فإن كان هذا قولًا مطلقًا حصل في المسألة ثلاثة أقوال.

وغلَّط المَاوَرْدِي في «الدعاوى» أبا إسحق في تخريجه القضاء على الغائب على قولين، قال: وأوهمه كلام الـمُزَنِيّ، وهو وهم منه، ولم يخلف قول الشَّافِعِي في جوازه.

وفي «روضة» شُرَيْح: يجوز القضاء على الغائب، وحكى الإصطخري أن

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٣٧٦٤).

إنْ كَانَ بَيِّنَةٌ، وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قال: هُوَ مُقِرٌّ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُسْمَعُ.

فيه قولين، ونسب بعضهم قول المنع إلى القديم.

إشارة: ألحق القاضي الحسين بالغائب ما إذا أحضره المجلس فهرب قبل أن يسمع الحاكم البينة أو بعده وقبل الحكم، فإنه يحكم عليه قطعًا، وهذا في معنى قول غيره يجوز على المتمرد والمتواري في البلد كما سيأتي، وألحق في «الإشراق» وغيره به الأخرس الذي لا يفهم؛ لأنه في معنى والمجنون في ذلك.

قال: **(إنْ كَانَ بَيِّنَةٌ)** أي: ولو شاهد ويمين فيما يقضي فيه بهما وإلا فلا فائدة لدعواه، قال: في «الْبَسِيط»: وينبغي أن يذكر أنه يريد إقامة البينة حتى يسمع دعواه.

وفي «الْحَاوِي»: إن أشبه الوجهين أنا نجعل المتغيب والمتعزز في حكم الناكل، فيحلف المدعي من غير إقامة بينة فخذ منه أنه لو ثبت أنه غاب تغيبًا أو هرب من المجلس عند إحضاره للدعوى عليه، وغاب أو توارى أن يكون كالناكل، والمراد بالبينة: البينة التي يمكن العمل بها، أمَّا لو كانت غائبة لا يمكن إحضارها، ولا التفريع عليها، فالظاهر أنها كالمعدومة بالنسبة إلى تعجيل سماع دعواه؛ لعدم الفائدة.

قال: **(وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قال: هُوَ مُقِرٌّ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ)** أي: لأنها لا تقام على مقره.

(وَإِنْ أَطْلَقَ) أي: بأن لم يتعرض لجحوده، والإقرار.

(فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُسْمَعُ) لأنه قد لا يعلم جحوده، ويحتاج إلى الإثبات، فجعلت الغيبة كالسكوت. والثاني: إنها لا تسمع إلا عند التعرض للجحود؛ لأن البينة إنما يحتاج إليها عنده، فعلى هذا يشترط أن يقول: هو جاحد، وعلى الأول: الشرط أن لا يقول: وهو مُقر.

قال الإمام الرَّافِعِي: ورأيت فيما جُمع من «فتاوى الْقَفَّال» أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما

....

إذا كان للغائب قال: فأحضروا، أراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي، فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه سواء قال: هو مُقر أو جاحد، أو قال: لا أدري هل هو مقر أو جاحد، انتهى.

واعلم أني وقعت على نسختين بما جمع من «فتاوى الْقَفَّال» ورتبت مسائلها على الأبواب فإنها مبددة، ولم أر بعد التقصي فيها ما نقله الرَّافِعِي وهو الثقة الأمين، فلعلها غيره أو أُغفلت، أو جمع له فتاوى أخرى، والذي رأيته فيها: إنه لو جاء رجل إلى الحاكم وقال: كان لفلان الغائب عليّ ألف درهم، وقد قبضها في حضوره وإلا هو ينكر القضاء، ولي بينة أقيمها على ذلك لتحكم بها، أجابه إلى ذلك وحكم بها، فإن لم يقبل هو منكر، لكن قال: قضيت حقه وأقيم البينة عليه، أو قال: أخاف أن ينكر القضاء، فإن القاضي لا يسمع بينته، ولا يحكم بها، ولا يلتفت إلى دعواه، وصار كما لو ادَّعى على غائب ألف درهم، فما لم يقل للحاكم: هو منكر، لا تسمع دعواه ولا بينته، حتى لو قال: لي عليه ألف درهم، ولا آمن أني إذا حضرت ذلك البلد ربما ينكر، لا تسمع بينته ولا دعواه ما لم يقل: هو منكر، كذا هاهنا، انتهى.

إشارات: منها: ينبغي أن يكون موضع التردد في حاجة إلى دعوى إنكار الغائب والتصريح به، ما إذا كان ممن يعتبر إقراره، أمَّا لو كان مجنونًا أو صغيرًا أو محجورًا بسفه قد أتلف عليه مالًا، فالظاهر أنه لا حاجة إلى دعوى الإنكار قطعًا، كما لو كان حاضرًا.

ومنها: لو قال: وهو مُقر، ورددنا دعواه، فهل يسد عليه الباب مع تمادي يمينه الخصم مطلقًا؟ أو أنه لو جاء المدعي من بعد وقال: كنت ظننت أنه مُقر وقد بان لي أنه جاحد، وطلب الدعوى، هل تسمع؟ فيه نظر ولا يحضر لي فيه نقل.

ومنها: قضية كلام «الْبَسِيط» أن الوجه الثاني هو المذهب، حيث قال الرَّافِعِي: إن البينة لا تقام إلا على جاحد، فينبغي أن يدَّعي جحود الغائب، ثم لا يطالب بإثبات جحوده بالبينة، هكذا ذكره الصيدلاني وأئمة المذهب، وهذا

وأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكِرُ عَلَى الْغَائِبِ.

مشكل من حيث أنه إذا ادَّعى جحوده في الحال فيم يعلم، وإن ادَّعى جحوده قبل هذا فيم يعلم بقاؤه على الجحود، وكيف ترتبط البينة في الحال بجحود سابق؟ وعن هذا قال: بعض أصحابنا: لا يشترط التعرض للجحود، وأيَّده بالاكتفاء بسكوت الحاضر، قال: ولكن المشهور ما ذكرناه.

ومنها: قال: في «الْبَسِيط» مفرعًا على المرجح في الكتاب: فلو قال: هُوَ مُقِرٌّ ولكني أُقِيمُ الْبَيِّنَةَ اسْتِظْهَارًا؛ مَخَافَةَ أَنْ ينكر، لم تسمع، ومع هذا فلا خلاف أنه لو اشترى عينًا وخرجت مستحقة فادّعى الثمن على البائع الغائب سمع، وإن لم يذكر الجحود وإقدامه على البيه كان في الدلالة على جحود، وهذا لا خلاف فيه، فوقع الاكتفاء بما يقوم مقام الجحود وفاقًا، انتهى.

وهو ملخص من «النهاية» وذكر الإمام أن الذي أراده بدعوى الجحود هو الجحود السابق، والبناء على إصراره عليه، فإنه الظاهر ما لم يثبت بقضية، انتهى.

وهذا جيد إذا كان الأمر كذلك، أمَّا لو كان يعلم أنه مُقر ويجهل حاله، فدعواه وجحوده كذب وبهت، فكيف يسوغ له ذلك وكأنه اغتفر للحاجة، وإذا قلنا: بما رجَّحه المصنف فينبغي ألا يسوغ له أن يقول: وهو منكر إلا إذا علم ذلك منه لعدم الحاجة إليه، والله أعلم.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكِرُ عَلَى الْغَائِبِ**) لأن الغائب قد يكون مُقرًا فيكون المُسخَّر كذبًا، ووجه اللزوم لتكون البينة على إنكار منكر، قال الرَّافِعِي: وقضية توجيه الأول أنه لا يجوز نصب المُسخَّر، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخيَّر، إن شاء نصبه عنه، وإن شاء لم ينصب، انتهى.

وعن القاضي الحسين أن هذا كذب محظوظ، وتورع بما ذكرته في «الْغَنِيَّة» والمذهب كما قاله أبو العباس الرُّويَانِي، وصححه الشيخ أبو علي والْبَغَوِي ما رجحه المصنف[١].

---

(١) قال الخطيب (وَ) الْأَصَحُّ (أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي) (نَصْبُ مُسَخَّرٍ) بِفَتْحِ الْخَاءِ الْمُعْجَمَةِ (يُنْكِرُ عَلَى =

وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ إِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ، وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ.

قال: (**وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ**) أي: إن كان هو المستحق لما ادَّعاه.

(**بَعْدَ الْبَيِّنَةِ**) أي: وتعديلها.

(**إِنَّ الْحقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ**) أي: احتياطًا للغائب؛ لأنه لو حضر لربما ادَّعى ما يبرئه (**وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ**) أي: لأن باب التدارك إن كان له دافع غير منحسم.

قال: (**وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ**) أي: أو ميت، والوجوب فيهم أولى لعجزهم عن التدارك، وقيل: يجب التحليف والدعوى على الثلاثة قطعًا.

وقال ابن أبي الدَّم: لا خلاف أن اليمين للحكم على الميت أو صبي أو مجنون مستحقة قولًا واحدًا، وهو ملخص لذلك من كلام الإمام.

ويخرج من كلامه: إنه لو كان الغائب منقطع الخبر وله مال حاضر يريد المدعي القضاء منه أن اليمين تختم على هذه الطريقة، ويلتحق بالصبي الأخرس الذي لا يفهم.

وحكي قول غريب: إنه لا يحلف في الدعوى على الغائب مع البينة، وهو مذهب الـمُزَنِيّ، والمشهور التحليف، إذا عرفت هذا، فقد قال الرَّافِعِي: يحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها بأنه ما أبرأ عن الدين الذي ادّعاه ولا عن شيء منه ولا اعتاض ولا استوفى ولا أحال عليه ولا أحد من جهته بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه، يلزمه توفيره، ويجوز أن يقتصر فيُحلّفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب التسليم، انتهى.

= الْغَائِبِ) عِنْدَ الدَّعْوَى عَلَيْهِ. قال: فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ: لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مُقِرًّا فَيَكُونُ إِنْكَارُ الْمُسَخَّرِ كَذِبًا. قال: وَمُقْتَضَى هَذَا التَّوَجُّهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نَصْبُهُ لَكِنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ الْعَبَّادِيُّ وَغَيْرُهُ: أَنَّ الْقَاضِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ النَّصْبِ وَعَدَمِهِ انْتَهَى، فَقَوْلُ ابْنِ الْمُقْرِي: أَنَّ نَصْبَهُ مُسْتَحَبٌّ قال: شَيْخُنَا: قَدْ يَتَوَقَّفُ فِيهِ. وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ لِتَكُونَ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِنْكَارِ مُنْكِرٍ. وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ إِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ، وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ. انظر: مغني المحتاج (١٩/ ٢٣٠).

....

وعن «تعليق» القاضي أبي الطيب أن الحي الحاضر إذا ادعى البراءة مطلقًا فيمكن حصر الألفاظ التي ذكرها الشَّافِعِي بقوله: والله ما يرى إلي من الحق، ولا من شيء منه بقول ولا فعل، وإذا كان هذا في حق الحي، فكذلك في حق الميت، وقال: البَنْدَنِيجِي: يحلف في حق الغائب، والهارب عنِ مجلس الحكم أن حقه الذي شهد له الشهود به ثابت عليه إلى وقتنا هذا.

وقال المَاوَرْدِي: أقل ما يجريه أن يحلف في حق الغائب والصبي والميت والمجنون أن حقه هو الثابت عليه، وهذا ما في «المنهاج» وذكر ابن أبي الدَّم التحليف المبسوط الذي ذكروه، ثم قال: وأن يقول: وإني مستحق تسليمه الآن أو في وقتي هذا، قال: وهذا لا بد من ذكره، ولم يذكر أصحابنا في كتبهم؛ لأنه لو كان الدين مؤجلًا على غائب وسمعنا الدعوى به على رأي، فلا بدّ عند الدعوى من طلب التسليم عقب اليمين، انتهى.

وأحسن من ذلك أنه قد يكون مؤجلًا، فيدَّعي حلوله، ويقيم البينة بالدين من غير تعرض لحلول ولا تأجيل؛ احتياطًا للغائب على استحقاق تسليمه الآن.

قال: الْفُورَانِي في «العمد»: كل موضع حكم فيه على غائب بحق فلا يلزمه ولا ينفذه حتى يحلف المدعي مع بينته أنه محق في دعواه.. إلى قوله: وبالجملة أن كل ما لو كان المدَّعى عليه حاضرًا لكان له أن يطالب المدعي باليمين عليه، فإن الحاكم ينوب منابه فيحلِّفه، انتهى.

وقال: القاضي الحسين والإمام: إنه يستظهر في تحليفه بالاحتياط التام، وذكرا من «الْبَسِيط» نحو ما سبق، إلى أن قالا: وإنه يلزمه تسليم المدعي إلي، وأن شهوده شهدوا له بالحق، وهذا فيه ما سيأتي.

قال الإمام: وقد تعرض في التفريع على الوجه الأصح، أي: وهو وجوب التحليف الاكتفاء بتحليفه على أنه يستحق الحق الآن من غير بسط في ذكر الجهات، وهذا الاحتمال هو ما سبق عن المَاوَرْدِي والبندنيجي، وهو المذكور في «التهذيب» وبه يحصل في إيجاب البسط على النحو السابق وعدمه خلاف،

....

وذكر شُرَيْح: اليمين مبسوطة، ثم قال: وحكى جدي والشيخ أبو عاصم عن بعض أصحابنا: إنه إن حلف ما برئ إليه بقول ولا فعل كفى، والباقي احتياط، قال: وهذا هو الصحيح عندي.

فَرْعٌ: قال: ابن أبي الدَّم لا يحتاج في اليمين لحكم إذا كان قد ثبت بشهادة شاهدين إلى تصديق الشاهدين، وحكى الإمام فيه وجهًا أنه يشترط تصديق الشهود، وهو بعيد، وذكر في «الوسيط» تصديق الشهود في يمين الحكم، ولم يحك فيه خلافًا وهو هفوة، انتهى.

وهذا عجب منه، فإنه ذكر صيغة التحليف كما ذكرها إمامه، وفيها التعرض لتصديق الشهود، ثم صرَّح عقبه بنحو ثلاثة أسطر: إنه لا يجب التعرض لتصديق الشهود، وكذا قال في «الْبَسِيط»، وعبارة الإمام لما ذكر كيفية اليمين ذكر فيها التعرض لتصديق الشهود، ثم قال: من بعد: والتعرض لتصديق الشهود فيه بُعد عندنا، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن الغزالي حكى التعرض لتصديق الشهود وجهًا أشعر إيراده بضعفه، ولم أر ما ذكره في كلام الغزالي هنا، وجزم الرَّافِعِي بأنه لا يشترط ثم قال: وفيه وجه أنه يشترط.

قلت: وبه جزم الدَّارِمِي والماوردي، ونص عليه في «الأم» كما سيأتي في «الدعاوى» إن شاء الله تعالى.

وقد بيّن المَاوَرْدِي المراد بتحليفه هناك، ويشبه أن يكون هو المذهب المنقول لا لأجل تصديق الشهود بل لمعنى آخر كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

واعلم أن مقتضى ما سبق عن «عمد» الْفُورَانِي، ومقتضى كلام الرَّافِعِي وغيره أيضًا أن الحاكم يُحلّفه على كل ما لو كان المدعى عليه حاضرًا، وطلب إحلافه عليه أجبناه إليه أنه يُحلّفه: إنه لا يعلم كذب شهوده، ولا فسقهم، ولا عداوتهم عليه، كما هو أصح الوجهين هناك، ولعلَّ هذا الوجه المذكور هنا هو المرجح هناك، أو مُفرع عليه.

....

فَرْعٌ: المتغيب في البلد أو المتعزز إذا سمعت الدعوى عليه كما سيأتي، وقامت عليه البينة فالتمس المدعي الحكم عليه بالحق فهل يُحلفه الحاكم تفريعًا على إيجاب اليمين؟

أطلق الأكثرون القول بأن المتغيب أو المتعزز حكمه حكم الغائب.

وقال في «الرَّوْضَة»: هل يحلف المدعي كما يحتلف المدعي على غائب؟ وجهان.

وقطع في «العدة» بأنه لا يحلف؛ لأن الخصم قادر على الحضور.

وقال المَاوَرْدِي: لا يجب اليمين للحكم على المتغيب ولا المتعزز، بخلاف الغائب، والفرق أن المتغيب ظالم بتغيبه، وكذا المتعزز غير معذور فيه، فلم يحلف المحكوم له بخلاف الغائب، فإنه معذور في غيبته.

قلت: وقضية الفرق: إنه لو غاب مدافعة لصاحب الحق بعد توجه الوفاء عليه ونحو ذلك أنه لا يحلف، وسبق عن الْبَنْدَنِيجِي أنه يحلف.

وصرَّح الْمحَامِلِيّ في «المقنع» بأنه يحلف للحكم على الغائب، وعلى المستتر في البلد وعلى الهارب من مجلس الحكم قبل أن يسمع الحاكم البينة عليه، أو بعدما سمعها، وقبل الحكم، فسوى بين الجميع.

وقال في «المجموع»: إنه لا خلاف فيه، وبالتحليف للحكم على المتواري جزم الرُّويَانِي في «الحلية» في كتاب الدعاوى.

ثم قال المَاوَرْدِي: وهل يجعله بغيبته ويعزره في حكم الناكل حتى يحلف المدعي من غير إقامة بينة، فيه وجهان: أشبههما: إنه يجعل ناكلًا بفرض أن المتعزز حضر، وتوجهت عليه البينة فنكل عنها، قال: ابن أبي الدَّم: وهذا فيه بُعد لا يخفى على المتأمل، انتهى.

ولا يبعد ما ذكره المَاوَرْدِي إذا نوى على المتواري في البلدان: لم تحضر لسماع الدعوى وإلا سمعت عليك، وجعلت ناكلًا عن اليمين، وقضينا عليك بيمين خصمك، وكذا يقال: للمتعزز، وإلا انسد على المدعي الوصول إلى

....

حقه إذا لم تكن له بينة، ويحسن أن يقال: في النداء: وللمتعزز أن المدعي يدعي بكذا وكذا، فإن لم يحضر... إلى آخر ما قدمناه.

والذي أفهمه إطلاق الجمهور وتصريح كثيرين، وأفهمه سياق كلام الرَّافِعِي ترجيح التحليف تغريم المتواري، والمتعزز، والهارب من المجلس كالغائب، والمختار المنع؛ لوضوح الفرق.

فَرْعٌ: لو كان للمتمرد وكيل نصَّبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ فيه جوابان لأبي العباس الرُّويَانِي؛ لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل، وكذا لو كان للغائب وكيل، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» تبعًا للعبادي والهروي: لو كان للغائب وكيل لم يحتج إلى ضم اليمين إلى البينة، وكان القضاء مجمعًا عليه.

قال: وفي الرَّافِعِي أن لأبي العباس الرُّويَانِي جوابين فذكرهما، ثم قال: لكن المشهور الأول، وحينئذ يجب تقييد إطلاق «المنهاج» وغيره وجوب التحليف.

فَرْعٌ: لو كان القضاء على الغائب بشاهد ويمين فهل يكفي يمين واحدة أم لا بد من يمينين، يمين تكمل البينة ويمين للحكم؟

فيه وجهان: أشبههما: كما قال الرَّافِعِي، الثاني: لأن الثبوت قبل الحكم، والثبوت يتوقف على اليمين أولًا، وكلام «النهاية» و«الْبَسِيط» مائل إلى الأول، وصححه الشيخ أبو علي، وأفتى به الغزالي، ثم موضع الاتفاق على القضاء بالشاهد، واليمين على اليمين إذا لم يقتض الحال المكاتبة، أمَّا لو اقتضت ذلك ففي «الْحَاوِي»: إن في جواز الحكم بالشاهد واليمين فيما يكتب به إلى غيره وجهان:

أحدهما: يجوز كالحكم على الحاضر.

والثاني: لا يجوز أن يكتب به؛ لأن المخالف فيه يرى بعض الحكم به، فلم يكن له أن يُعرّض حكمه للنقض، والأولى من إطلاق الوجهين أن يعتبر

....

رأي المكتوب إليه، فإن كان يرى ما يراه كتب به إليه وإلا فلا.

فَرْعٌ: ذكر العبادي، والهروي، وشريح الرُّويَانِي: إنه لو أقام بينة على أن هذه الدار التي في يد هذا المدعى عليه كانت ملكًا له لا يعلم زوال ملكه عنها، قال: ابن المنذر: قال: الشَّافِعِي: يحلف مع البينة، فإن شهدوا مع هذا بأنه غاصب جاز، ولا يمين مع البينة، انتهى.

وهذا النص ينفع في بعض مسائل هذا الباب إذا ضاهت هذه، فإنه يحتاج أن يحلف مع البينة، وظاهر النص أن ذلك لا يتوقف على طلب الخصم، وكذا لو توقف عليه وهو غائب حلف هنا مع البينة.

فَرْعٌ: إذا أوجبنا اليمين في الحكم على الغائب ونحوه فحكم عليه قبل التحليف فقضية كلام الجمهور أنه لا ينفذ، بل اليمين ركنٌ فيه، وفي «روضة» شُرَيْح: إذا قلنا: يجب التحليف فحكم قبله فهل ينفذ؟ فيه وجهان، ويشبه أن يقال: إن كان عن اجتهاد معتبر نفذ، وإلا فلا.

فَرْعٌ: إذا شهدا عند الحاكم بالبيع بشرطه والتقايض من الطرفين، وكان البائع ميتًا أو غائبًا، وطلب المشتري من الحاكم أن يحكم له بذلك، فهل يفتقر الحكم إلى يمين المشتري المعتبرة في الحكم؟ فإن وجبت فما كيفيتها؟ وأي فائدة لها هاهنا؟ مع أن اليمين إنما شرعت خوفًا من إبراء أو حوالة أو اعتياض، وهل يفرق بين شهادة الشاهدين بحضور عقد البيع والقبض، أو يشهدا على إقرار المتتابعين في اليمين للحكم على البائع؟ وهل لو شهدا على ميت بإبراء مدين عن دين، وحكيا صورة الإبراء أو إقراره بالإبراء هل يفتقر الحكم عليه إلى يمين المدعي بالإبراء؟

أجاب ابن الصلاح: نعم يفتقر ذلك إلى تلك اليمين خوفًا من مفسد قارن العقد أو مزيل طرأ بعده، ويكفي في كيفيتها أن يحلف أنه الآن مستحق لما ادَّعاه، وكذلك يكفي مثله في سائر الصور من غير حاجة إلى تفصيل الأسباب، ولا فرق في ذلك بين أن يشهدا على الإقرار وبين أن يشهدا بصورة العقد،

....

وكذلك الإبراء، انتهى.

وأعيدت مسألة البيع في آخر «الفتاوى» وزيد في السؤال، فإن قلتم: لا بد من يمين فما كيفيتها وصورتها؟ وما الفرق بين هذا وبين ما لو ادعى أن الدين الذي لزيد الغائب أبرأني منه بعد أن ادَّعى عليه به؟ وأقام على البراءة شاهدين، وطلب من الحاكم أن يحكم به على إقرار المبرئ الغائب، فإنه يحكم له ولا حاجة إلى اليمين قولًا واحدًا، والحالة هذه، فأجاب: لا بد في ذلك من يمين على القول الأصح في الباب، ويجيء في كيفية اليمين الصفتان الجاريتان في سائر الباب، الإجمال: بأن يحلف أنه الآن يستحقه، والتفصيل: بأنه لم يزل ملكه عن ذلك بردٍ ولا إقالة، ويذكر نحوهما من مزيلات الملك، ومن الفرق بين ذلك وبين الإبراء إنه إذا وجد الإبراء وصح فلن يعقبه ما يزيل حكمه، فلم يحتج إلى يمين ينفي احتمال ذلك، انتهى.

وأخذ أبو عمرو مسألة الإبراء مسلمة من السائل، وفيها نظر، وربما سبق فيها كلام وسنعيدها مع زيادات إن شاء الله، وقد يدعي لو كان حاضرًا الإكراه على الإبراء أو على الإقرار به.

فَرْعٌ: في «فتاوى» أبي عمرو بن الصلاح: إنهم لو شهدوا حسبة على إقرار غائب أنه أعتق عبدًا له، حكم الحاكم عليه بالعتق حسبة من غير توقف على طالب العبد، ولا يتوقف الحكم على يمين العبد، والحالة هذه، وإن طلب العبد الحكم إذا لاحظ في حكمه جهة الحسبة معرضًا فيه عن طلبه، انتهى.

ويجيء ما ذكره في نظيره من الطلاق وغيره من حقوق الله تعالى المتعلقة بشخص معين، وفيها: إنه لو أقام بينة بدين على ميت بحضور الوارث المنكر للدين، وسكت الوارث عن طلب اليمين للحكم، قال: إن كانوا ممن يخفى عليهم أن لهم تحليفه فعلى الحاكم تعريفهم ذلك، فإن سكتوا بعد ذلك عن التحليف، وصَّى القاضي بالبينة من غير تحليف.

وقد يأتي ما ذكره من التعريف في الولي والوصي والوكيل، وفيه وقفة؛

وَلَوْ ادَّعَى وَكِيلٌ عَلَى غَائِبٍ فَلَا تَحْلِيفَ.

وَلَوْ حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقال: لِوَكِيلِ الْمُدَّعِي أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُك أَمَرَ بِالتَّسْلِيمِ.

لأنه نوع تلقين، والوجه: إنه لا يتوقف اليمين على طلب الولي نظرًا للطفل ونحوه، ولينظر لو كان على الميت ديون مستغرقة، أو كان الوارث غير جائز، فعلى القاضي تحليفه لحق الغرماء وبيت المال أم لا؟ الأقرب: التحليف.

فَرْعٌ: وكَّله في شراء ملك ببلد آخر ففعل، وأثبته الوكيل على قاضي بلد البائع، وحكم فيه بالصحة، ثم نفَّذه حاكم آخر، ثم نقل الوكيل الكتاب إلى بلد موكّله، وطلب من حاكم بلده تنفيذه، فهل يتوقف الحكم على تحليف الموكل؟ أفتى الشيخ برهان الدين المراغي والشيخ نجم الدين الْوَفَاتِيُّ من معاصري المصنف بدمشق بأنه لا يتوقف على تحليفه، فإن سلم ذلك عن منازعة استثنى هو وأمثاله عن إطلاق المصنف وغيره؛ لأنه قضاء على غائب. فتأمله.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى وَكِيلٌ**) أي: لغائب.

(**عَلَى غَائِبٍ فَلَا تَحْلِيفَ**) أي: فلا يحلف الوكيل بل يوفر الحق إن كان للمدعى عليه، وأمَّا التحليف على البت فلا سبيل إليه، وأمَّا على نفي العلم بالمسقطات فسيأتي ما فيه.

قال: (**وَلَوْ حَضَرَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ وَقال: لِوَكِيلِ الْمدَّعِي**) أي: الغائب.

(**أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُك أَمَرَ بِالتَّسْلِيمِ**) أي: إلى الوكيل في الحال، ثم يثبت الإبراء من بعد أن كانت حجة؛ لأنَّا لو رفعنا الأمر إلى أن يحضر الموكل لَانْجَرَّ الْأَمْرُ إلى أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، ويقال: أن المسألة وقعت بمرو وتوقف فيها فقهاء الفريقين، ثم أفتى الْقَفَّال بما ذكرنا.

قال الرَّافِعِي: ووجدت في «تعليق» الشيخ أبي حامد مثل هذا الجواب في باب الوكالة، انتهى.

وهو هناك في «تعليق» القاضي أبي الطيب، و«الشامل» و«الْحَاوِي» و«التحرير» وغيرهما، وحكوه عن أبي حنيفة أيضًا، ولا فرق في ذلك بين الدعوى بالدين والعين، ولا بين أن يدَّعي علمه بالإبراء أو الاستيفاء أولًا.

....

قال الرَّافِعِي: وكذا لو ادَّعى قيِّم صبي دينًا للصبي، فقال: المدعى عليه: إنه أتلف من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه، لم ينفقه، بل عليه أداء ما أثبته القيِّم، فإذا بلغ الصبي حلَّفه، قال: ولو أن المدعى عليه قال في مسألة الوكيل: أبرأني موكلك الغائب فاحلف أنك لا تعلم ذلك.

قال الشيخ أبو حامد: عليه أن يحلف على نفي العلم، ومن الأصحاب من يخالفه فيه، ولا يحلف الوكيل.

قلت: وما قاله أبو حامد من تحليفه على نفي العلم بالقبض والإبراء هو ما ذكره العراقيون هناك كما ذكره ابن الصلاح وغيره وحكاه شُرَيْح الرُّويَانِي عن ابن سُرَيْج وهو الصحيح الموافق لما صححه الرَّافِعِي والمصنف في كتاب الوكالة فيما إذا ادَّعى البالغ أن الموكل علم بالعيب ورضي به، فإن الوكيل يحلف على نفي العلم، وفيه وجه ضعيف: إنه لا يحلف.

قال الرَّافِعِي هناك: ولك أن تقول: قضية ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء، وسائر الأسباب المسقطة نائبة عن المدعى عليه فيما يتمكن منه لو حضر كما مات عنه في تحليف من يدعي بنفسه، انتهى.

وما ذكر أنه قضية قول الشيخ أبي حامد ظاهر، لا يأباه العراقيون وإن لم يصرِّحوا به، وأمَّا قوله قبل هذا: وكذا لو ادَّعى قيِّم الصبي دينًا للصبي، أي: ومن في معناه، فينبغي تأمله مع قوله قبله بأسطر: وبني على الخلاف، أي: في أن اليمين لحكم واجبة أم لا ما لو أقام قيِّم الطفل البينة على قيِّم طفل، فإن قلنا بوجوب التحليف فينتظر إلى أن يبلغ المدعي له فيحلف، وإن قلنا: بالاستحباب فيقضي بها، أي: في الحال، وقضية البناء الانتظار هاهنا إلا أن يظهر فرق.

فَرْعٌ: قال: لآخر: أنت وكيل زيد الغائب، ولي عليه كذا، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك.

قال الرَّافِعِي: فإن علم أنه وكيل وأراد أن لا يخاصم فليعزل نفسه، وإن لم

وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ، ....

يعلم فينبغي أن يقول: لا أعلم أني وكيل، ولا يقول: لست بوكيل فيكون مكذبًا لبينة عساها تقوم على الوكالة، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالته؟ فيه وجهان.

ظاهر كلام أبي عاصم العبادي: نعم؛ لأن له فيه فائدة، وهي أن تستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وأن يكون القضاء مجمعًا عليه، والأظهر: المنع؛ لأن الوكالة حق للوكيل فكيف تقام البينة عليها قبل دعواه، انتهى.

وقضية كلامه: إنه لو صدق المدعي على الوكالة سمعت دعواه عليه من غير بينة، وهذه طريقة الْبَغَوِي والرافعي تبعا فيها ابن القاصّ والقاضي الحسين وابن سُرَيْج، وذكرت في كتاب الوكالة من «الْغَنِيَّة» في ذلك كلامًا شافيًا، ومنه أن المَاوَرْدِي والروياني قالا: إن مذهب الشَّافِعِي أنه لا يسمع مخاصمتها إلا ببينة.

خلافًا لابن سُرَيْج، ولفظ الهروي في «إشراقه»: إذا تعلق بإنسان في مجلس الحكم وقال: أنت وكيل فلان بالمخاصمة عنه، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك ليقع الحكم عليك وأنت حاضر، فاستغنى عن ضم اليمين إلى البينة، وساق ما سبق عن كلام الرَّافِعِي، ثم قال أبو سعد: هذه المسألة فيها غموض؛ لأن الوكالة حق الوكيل، فإذا لم يدعها فلا معنى لإقامة البينة؛ لأن الشهادة لا تسبق الدعوى، وتصحيح هذه المسألة من وجهين:

أحدهما: إنه لم يرد ـ يعني العبادي ـ به إثبات التوكيل في مجلس الحكم بالبينة، وإنما أراد إعلام الوكيل بالوكالة، وإذا أعلمه من يعتمده وثق به جاز أن يعمل على حكم التوكيل، فالأصوب أن يقول: لا أعلم، ولا يسبق إلى الإنكار الصريح حتى لا ينتصب لتكذيب المخبر فيما أخبره به.

والوجه الثاني في التصحيح وهو ضعيف أن يقال: الوكالة وإن كانت حقًّا للوكيل ففيها فائدة للمدعي أنه إذا خاصم وكيل المدعى عليه وهو حاضر والموكل غائب ينفذ القضاء على وجه الوكيل، فيكون القضاء مجمعًا عليه ويستغني المدعي عن ضم اليمين إلى البينة.

قال: (**وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ**) أي: إذا ثبت

وَإِلَّا فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ الْمَالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِيَ.

وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ، ....

مال على غائب ومن في معناه، وله مال حاضر وجب على الحاكم القضاء منه بشرطه إذا طلبه المدعي أو من قام مقامه بولاية أو وصاية أو وكالة، وكذا لو كان الحاكم وليًّا محجورًا عليه لصبى أو جنون أو سفه بالولاية العامة، وجب عليه استخلاص ذلك بشرطه؛ لأنه حق وجب على الغائب وتعذر وفاؤه من جهته، فقام الحاكم مقامه، كما لو كان حاضرًا فامتنع، وإذا وفىّ الحاكم المدعي فهل يطالبه بكفيل؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ إذ قد يكون للغائب فدفع إذا حضر فيحتاط له، وأصحهما: المنع؛ لأن الحكم قد تم في الحال، والأصل عدم الدفع، ويجري الوجهان فيما لو حكم لحاضر على غائب تعين حاضره، وينفذ جريًا فيما إذا قضى بدين أو عين على متوار أو متعزز لتقصيره، بخلاف المعذور «بالغنية» ولا يجريان فيما إذا كان للغائب وكيل حاضر فيما يظهر.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن للغائب مال حاضر.

(**فَإِنْ سَأَلَ الْمدَّعِي إِنْهَاءَ الْحالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ الْمالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِيَ. وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ**) أي: بما جرى عنده من ثبوت أو حكم يخرجان إلى ذلك البلد، وللمدعي في سؤاله المكاتبة حالان: أحدهما: إن ثبت عند الحاكم شيئًا بدون علمه ولم يحكم به، والتفريع على المذهب، وهو أن الثبوت ليس بحكم، فيسأله المدعي أن يكتب إلى قاضي بلد الخصم بما يثبت عنده ليحكم به عليه، وفي اعتبار بُعد المسافة ما سيأتي في آخر الفصل.

واقتضى كلام ابن الرِّفْعَة هنا في «الكفاية» أن المذهب اعتبار مسافة القصر، فجزم باعتبارها، ثم قال: وقيل يقوم ما فوق مسافة العدوى مسافة القصر في الموضعين، وهذا ما رجَّحه ابن الرِّفْعَة هناك تبعًا للرافعي والمصنف.

....

قال: ولا يكفي فيهما مسافة العدوى فما دونها، وسنذكر الكلام في الشهادة على الشهادة شيئًا آخر لا يستغني عنه من يتكلم في هذه المسألة، ثم ما ذكره الأصحاب هنا يقتضي أن الاعتبار في القرب والبعد بالقاضي الكاتب دون الشهود الذين شهدوا عنده.

قال: وجزم الإمام بأن القاضي في الجانب الشرقي من البلد لو كتب إلى قاضي الجانب الغربي بأني سمعت بيِّنة على فلان، ووصفها على شرطها فاقض بها، وكان الذين قد شهدوا عند الكاتب قد غابوا أو ماتوا، ساغ للمكتوب إليه القضاء بذلك، بخلاف ما لو كان الذين شهدوا حضورًا بعد في البلد فإنه لا يقضي بالكتاب؛ لأن استحضار الشهود فهم الأصل، وقول القاضي في حكم شهادة هذا الفرع على الأصل فيستحضرهم القاضي الثاني وتستعيد الشهادة شرطها.

قال ابن الرِّفْعَة: والقاضي الحسين أطلق القول في هذه الصورة، وهو قضية لفظ الشَّافِعِي في «الأم» حيث قال: كما نقله في «الْبَحْر»: وإذا كان فيه قاضيان كبغداد، فكتب أحدهما إلى الآخر بما يثبت عنده من البينة، لا ينبغي أن يقبلها حتى تعاد عليه، وإنما تقبل البينة في البلد الثاني الذي لا يكلف أهله إثباتها.

قلت: توجيه النص يشهد بموافقة الإمام لا بمخالفته، قال: وطرد الإمام ما ذكره من التفصيل فيما لو وقَّت كل قاض في طرف محل ولايته، وقال: أحدهما للآخر: إني سمعت شهادة فلان وفلان على فلان، وحلفته على موجب، فاقض بالبينة في جانبك، فقال: إن كان شهود الأصل قد غابوا أو ماتوا قضى المقول له بذلك وإلا فلا، ثم حكى الإمام فيما بعد في حالة وجود شهود الأصل في البلد خلافًا في جواز المشافهة مبنيًّا على أن سماع البيِّنة من القاضي حكم بقيام البينة أم سبيله سبيل نقل بتأهل الفرع شهادة شاهد الأصل، فيكون القاضي فرعًا إذًا؛ فعلى الأول وهو ما نقله عن الأكثرين ورآه أظهر وتبعه الغزالي: لا يستعيد الثاني الشهادة ويقضي، والقاضيان على هذا يتعاونان على القضية الواحدة.

....

والثاني وهو ما عليه الأصحاب كما قال الرَّافِعِي وأنه نص عليه في «العيون»: إنه يستعيدها، وللشافعي نص يأتي في أوائل «الدعاوى» يدل على الوجه الأول، فتكون المسألة على قولين، وهذا الخلاف إذا عدل القاضي الناقل البينة، فلو لم يعدلهم قال الإمام: فهذا يكاد يكون نقلًا محضًا، وبه يتأيد وجه أنه نقل وليس بحكم، وقد اتفق الأصحاب على أنه إذا عدل الشهود وحكم بعد التهم فهو سائغ، ولكن هل للمكتوب إليه البحث وإعادة التعديل أم لا؟

لفظ «الوجيز» يشعر بالأول؛ لأنه قال: جاز أن يعتمده إن رأى ذلك، قال الرَّافِعِي: والقياس الثاني، وزاد في «الرَّوْضَة»: إنه الصواب، أمَّا إذا جعلناه حكمًا فظاهر، وأمَّا إذا جعلناه نقلًا فإن شاهد الفرع إذا عدل شاهد الأصل وهو بصفة المزكيين كفى على ظاهر النص، نعم لو قامت بينة بالجرح قدمت بلا خلاف، وكذا للمدعى عليه الاستمهال ثلاثة أيام؛ لإقامة بينة بالجرح، ولا يحتاج في هذا القسم إلى تحليف المدعي، ولو فوَّض الكاتب النظر في العدالة والجرح إلى المكتوب إليه جاز.

قال الإمام: لكن النقل من غير تعديل قريب من التعطيل، ولكنا مع ذلك نجوّز تفويض التعديل إلى المكتوب إليه على شرط الإبلاغ في الإعلام، والإعلام الذي ذكرناه يكون مؤكدًا بالاسم والرفع في النسب وغيرهما من الأسباب إذا لم يحصل الإعلام بذلك، أمَّا إذا حصل بالاسم المحض كما إذا كان الشاهد مذكورًا في البلاد بعيد الصيت كفى ذلك والماوردي أن للشهود في هذه الحالة ثلاث أحوال:

إحداها: أن يكونوا من أهل البلد الذي يصل إليه الكتاب، وهم على العود إليه فلا تسمع شهادتهم وإن سمعها لم يكتب بها، وقال: للطالب: اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم ليشهدوا عنده بما شهدوا به عندي، فإن كُتُب القضاة مختصة بما لا يمكن ثبوته بغيرها وثبوت هذا بالشهادة ممكن فلم يجز فيه المكاتبة كالشهادة على الشهادة.

والثانية: أن يكون الشهود من البلد الذي يكتب إليه، ولا يريدون العود

....

إليه، والبينة بتعديلهم فيه، فيجوز أن يكتب القاضي بشهادتهم عنده ليكشف عن عدالتهم، فإذا صحَّت عنده حكم بشهادتهم.

والثالثة: أن يكون الشهود من البلد الذي يكتب إليه، فيجوز بعد سماع شهادتهم أن يكتب إلى قاضي بلدهم ويسأله عن عدالتهم، فإن عرفها كتب بها إلى القاضي الأول؛ ليتولّى الحكم بشهادتهم، هذا كله فيما إذا كان ذلك بالبينة، أمَّا إذا كان الحق قد ثبت عنده لكونه علم به، وعلم كتب به إلى غيره ليقضي ذلك الغير بموجب علمه على المدعى عليه ففي «العدة» و«الْبَحْر»: إنه لا يجوز القضاء به، وإن قلنا: يجوز القضاء بالعلم؛ لأنه في هذه الحالة شاهد، وبالكتبة لا تحصل الشهادة الكاملة ولا غيرها.

وعن «أمالي» السرخسي: إنه يجوز، ويقضي المكتوب إليه إذا جوَّزنا القضاء بالعلم؛ لأن إخباره عن علمه كإخباره عن قيام البينة، ثم كيفية الكتاب في هذه الحالة بعد ذكره المدعي والمدعى عليه، والقاضي المكتوب إليه، وتحرير الدعوى وغير ذلك مما سيأتي في الحالة الثانية أن يكتب، وقد شهد عندي بذلك فلان وفلان، وقد ثبت عندي.

وقال الشيخ أبو حامد: لا يقول: ثبت عندي بناء على رأيه أن الثبوت حكم، والصحيح المنصوص وقول الجمهور خلافه، كما تم ما ذكرناه من تسمية الشهود في هذه الحالة واجب، صرَّح به القاضي الحسين، والإمام، والغزالي.

وقال الرَّافِعِي: القياس: التجويز، يعني تجويز ترك التسمية، كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود، وأن هذا هو المفهوم من إيراد صاحب «التَّنْبِيه» نقل الشهادة أو حكم بسماعها، إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وإن «التهذيب» وغيره: إنه يجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة نقل للشهادة، أو حكم بسماعها، إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وإن قلنا: نقل، فلا بدّ من التسمية كما أنه لا بد أن يسمى شاهد الفرع بتأهل الأصل.

....

قال ابن الرِّفْعَة: وفي هذا البناء نظر؛ لأن من قال: الثبوت ليس بحكم، قال: تسمية الشهود في هذه الحالة لا بد منها، وذلك دليل على أنه ليس بحكم؛ إذ لو كان حكمًا لما احتيج إلى ذلك وإذا كان هذا دليله لم يحسن بعده ما ذكر من البناء، نعم حكي في «الْبَحْر» عن بعض أصحابنا بخراسان أنهم قالوا: يجوز أن يكتب: ثبت عندي بشهادة العدول، ولا يسميهم، فإن لم يثبت عدالتهم سمَّاهم وهو ضعيف.

فَرْعٌ: إذا قال: القاضي صح مورد هذا الكتاب وقبلته قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه.

قال: الهروي: سئلت عنها بأصبهان هل هو حكم أم لا؟ فقلت: يرجع إلى الحاكم، فإن قال: أردت الحكم فهو حكم، وإن تعذر الرجوع إليه فالاعتماد على ما عرف الحكام، إن اعتقدوه حكمًا فهو حكم، ثم استقر رأي لمَّا وليت القضاء بهمذان على أنه ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، وهذا ما أورده في «أصل الرَّوْضَة» وقال الرَّافِعِي: إنه الصواب.

الحالة الثانية لمسألة الكتاب أن يحكم له القاضي بما ثبت عنده، فيسأله المدعي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما حكم به لينفذه، فإنه يكتب إليه بالإجماع، كما ذكره ابن الصباغ وغيره، والمعنى فيه ظاهر، فإن بالناس حاجة إليه؛ لأن بينة الشخص قد تكون في بلد وخصمه في آخر، ولا يمكنه حمل البينة إلى بلد الخصم، ولا حمل الخصم إلى بلد البينة، وإذا أخَّر ذلك ضاع الحق، فدعت الحاجة إلى شهادة البينة في بلدها، ويكاتب القاضي قاضي بلد الخصم بذلك.

قال ابن أبي الدَّم: وهذه المكاتبة واجبة على وجه، ولا فرق في هذه الحالة بين قرب المسافة وبُعدها، بل لو كان لكل جانب من البلد قاض والخصم في أحدهما كتب إلى حاكمه قاضي الجانب الآخر؛ لأن ما حكم به لزم، وليس بعده إلا استيفاء الحق، فوجب تنفيذه وهذا بخلاف ما لو ثبت عنده

وَيُسْتَحَبُّ كتاب بِهِ ....

ولم يحكم كما سبق وسيأتي(١).

قال: (وَيُسْتَحَبُّ كتاب بِهِ) أي: ولا يجب؛ لأن الاعتماد على الشهادة،

(١) (وَإِذَا) (ثَبَتَ) عِنْدَ حَاكِمٍ (مَالٌ عَلَى غَائِبٍ) وَحَكَمَ بِهِ عَلَيْهِ (وَلَهُ مَالٌ) حَاضِرٌ وَطَلَبَهُ الْمُدَّعِي (قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ عَلَيْهِ وَتَعَذَّرَ وَفَاؤُهُ مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ فَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا فَامْتَنَعَ. تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَقْضِيه وَلَا يُطَالِبُ بِكَفِيلٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الدَّفْعِ (وَإِلَّا) بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ (فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إنْهَاءَ الْحَالِ) مِنْ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينٍ بَعْدَ ثُبُوتِ عَدَالَةِ الشَّاهِدِ أَوْ سَأَلَ إنْهَاءَ حُكْمٍ (إلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ) لِذَلِكَ إنْ عَلِمَ مَكَانَ الْغَائِبِ مُسَارَعَةً إلَى قَضَاءِ الْحُقُوقِ (فَيُنْهِي) إلَيْهِ (سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ الْمَالَ) وَيَكْتُبُ فِي صِفَةِ إنْهَائِهَا: سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَادِلَةً قَامَتْ عِنْدِي بِأَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا فَأَحْكُمُ بِهَا وَهُوَ مَشْرُوطٌ بِبُعْدِ الْمَسَافَةِ كَمَا سَيَأْتِي (أَوْ) يُنْهِي إلَيْهِ (حُكْمًا) إنْ حَكَمَ (لِيَسْتَوْفِيَ) الْمَالَ، وَيُكْتَبُ فِي إنْهَاءِ الْحُكْمِ: قَامَتْ عِنْدِي بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ عَلَى فُلَانٍ لِفُلَانٍ بِكَذَا وَحَكَمْتُ لَهُ بِهِ فَاسْتَوْفِ حَقَّهُ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ تَدْعُو لِذَلِكَ فَإِنَّ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فِي بَلَدٍ وَخَصْمُهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ لَا يُمْكِنُهُ حَمْلُهَا إلَى بَلَدِ الْخَصْمِ وَلَا حَمْلُ الْخَصْمِ إلَى بَلَدِ الْبَيِّنَةِ فَيَضِيعُ الْحَقُّ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بُعْدُ الْمَسَافَةِ كَمَا سَيَأْتِي. تَنْبِيهٌ: اعْلَمْ أَنَّ لِإِنْهَاءِ الْحَالِ إلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ ثَلَاثُ دَرَجَاتٍ: الْأُولَى: سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ. وَالثَّانِيَةُ: قَوْلُ الْحَاكِمِ: ثَبَتَ عِنْدِي وَهِيَ تَسْتَلْزِمُ الْأُولَى بِخِلَافِ الْعَكْسِ. وَالثَّالِثَةُ: الْحُكْمُ بِالْحَقِّ وَهُوَ أَرْفَعُ الدَّرَجَاتِ وَتَسْتَلْزِمُ مَا قَبْلَهَا، وَحِينَئِذٍ فَالَّذِي يُرَتَّبُ عَلَيْهِ الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ الْحُكْمُ هُوَ الثَّانِيَةُ لا الْأُولَى. قال: ابْنُ شُهْبَةَ: فَإِذًا تَعْبِيرُ الْمُصَنِّفِ لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ، وَقَوْلُهُ: إلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ يُوهِمُ أَنَّهُ لا بدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ مُعَيَّنًا وَلَيْسَ مُرَادًا، بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ إلَى مَنْ يَصِلُ إلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ، فَمَنْ بَلَغَهُ عَمِلَ بِهِ، وَلَوْ كَتَبَ لِمُعَيَّنٍ فَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عِنْدَ غَيْرِهِ قَبِلَ شَهَادَتَهُمَا وَأَمْضَاهُ اعْتِمَادًا عَلَى الشَّهَادَةِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ: سَمَاعُ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا يُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ سَمِعَ الْبَيِّنَةَ وَلَمْ يُعَدِّلْهَا وَفَوَّضَ تَعْدِيلَهَا إلَى الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ لَا يَجُوزُ وَلَيْسَ مُرَادًا، وَيُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ بِعِلْمِهِ وَكَتَبَ لِيَقْضِيَ لَهُ بِمُوجِبِ عِلْمِهِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الْعُدَّةِ فَقَالَ: : لَا يَجُوزُ وَإِنْ جَوَّزْنَا الْقَضَاءَ بِالْعِلْمِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ هُوَ كَالشَّاهِدِ، وَالشَّهَادَةُ لَا تَتَأَدَّى بِالْكِتَابَةِ، وَفِي أَمَالِي السَّرَخْسِيِّ جَوَازُهُ، وَيَقْضِي بِهِ الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ إذَا جَوَّزْنَا الْقَضَاءَ بِالْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ إخْبَارَهُ عَنْ عِلْمِهِ إخْبَارٌ عَنْ قِيَامِ الْحُجَّةِ فَلْيَكُنْ كَإِخْبَارِهِ عَنْ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ. قال: الْإِسْنَوِيُّ: وَبِمَا قاله فِي الْعُدَّةِ جَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْبَحْرِ وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: الْأَصَحُّ الْمُعْتَمَدُ مَا قاله السَّرَخْسِيُّ، انتهى. وَهَذَا هُوَ مُقْتَضَى كَلَام أَصْلِ الرَّوْضَةِ؛ وَلِهَذَا قال: شَيْخُنَا مَا قاله الْمُصَنِّفُ يَعْنِي ابْنَ الْمُقْرِي عَكْسَ مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ أَصْلِهِ، وَلَعَلَّهُ سَبْقُ قَلَمٍ. وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ، وَيُسْتَحَبُّ كِتَابٌ بِهِ يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَيَخْتِمُهُ، وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إنْ أَنْكَرَ، فَإِنْ قال: : لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ اسْمُهُ =

يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَيَخْتِمُهُ، وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ، ....

وفائدة الكتاب يذكر الشهود وإكرام المكتوب إليه.

وقال ابن أبي الدَّم: على الحاكم الإشهاد بذلك، وهل يجب استحالة إن طلب؟ فيه وجهان.

وفي «روضة» شُرَيْح: ولو لم يكتب كتابًا ولكنه أشهد شاهدين جاز.

قال: وقال جدي: وقد قيل: إن قلنا: كتب السجل واجب، وجب عليه أن يكتب إلى القاضي كتابًا، وإن قلنا: لا يجب التسجيل لم يلزمه أن يكتب، وقيل: لا بد من الكتاب إلى القاضي، فالغالب أنه ينسى الشهود أو تُختلف شهادتهم فيؤدي إلى ضياع الحق، انتهى.

وهذا وإن كان غريبًا فمتجه جدًّا مع طول المسافة أو الكتاب أو هما جميعًا.

قال: (**يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمحكُومُ عَلَيْهِ**) أي: من اسم، واسم أب، وجد، وكنية، وقبيلة، وحرفة، وحلية، وكذا المحكوم له أيضًا؛ ليسهل التمييز، وصفه الكتاب مبسوطة أوضحتها في «الْغَنِيَّة» ويذكر أسماء شهود الكتاب وتاريخه.

قال: (**وَيَخْتِمُهُ**) أي: ندبًا حفظًا له وإكرامًا للمكتوب إليه، ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة؛ ليطالعاها ويتذكرا عند الحاجة.

قال: (**وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ**) إذا انتهى الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أحضر من يزعمه حامل الكتاب المحكوم عليه، فإن أقرَّ فذاك، وإن أنكر شهد الشاهدان بحكم القاضي الكاتب.

تنبيهات وتتمات تتعلق بكتاب القاضي:

منها: لو كان قد حكم عليه بإقراره ذكر في كتابه أنه أقر عندي بكذا في صحة

= وَنَسَبُهُ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَالَ: لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الِاسْمِ وَالصِّفَاتِ، وَإِنْ كَانَ أُحْضِرَ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا بَعَثَ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنْ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا. [مغني المحتاج ١٩/ ٢٣٠].

....

منه، وسلامة وجواز أمر، فلو لم يذكر ذلك فهل يقوم حكمه عليه مقام ذكر الطواعية والصحة وجواز الأمر؟ فيه وجهان، ولو كان الحكم عليه بنكوله ويمين الطالب شرح ذلك في كتابه، وهل ذكر السبب الذي اقتضى الحكم من البينة والإقرار أو النكول ورد اليمين واجب؟ فيه وجهان، إن قلنا: لا يجب، كفاه أن يقول في الكتاب: ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق، وحكمت به، وبهذا جزم الإمام حيث قال: يكفيه أن يقول: قضيت لفلان بحجة شرعية تقتضي القضاء.

وعلى هذا لو سأل المحكوم عليه القاضي الكاتب عن السبب الذي حكم به قال المَاوَرْدِي في فصل آخر: ينظر، فإن كان قد حكم عليه بالإقرار لم يلزمه أن يذكره له؛ لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم عليه بنكوله ويمين الطالب لزمه أن يذكره له؛ لأنه يقدر على دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم عليه بالبينة فإن كان الحكم بحق في الذمة لم يلزمه ذكرها؛ لأنه لا يقدر على دفعها بمثلها، وإن كان قد حكم عليه بيمين قائمة لزمه أن يذكرها؛ لأنه يقدر على مقابلتها بمثلها، فتترجح بينة باليد.

وإن قلنا بالوجوب وكان السبب البينة فهو مخير بين أن يسمي الشهود أو لا يسميهم، ويقتصر على وصفهم بالعدالة، فلو لم يصفهم بها فهل يكون ذكرهم تعديلًا؟ فيه وجهان في «الْحَاوِي» المذكور في «العدة»: إنه تعديل، أمَّا لو كان قد حكم عليه بشاهد ويمين ففي جواز المكاتبة به ثلاثة أوجه سبقت.

ولو أراد القاضي في حكمه بالشاهد واليمين ألَّا يذكره في كتابه، ويطلق الحكم بالبينة أو بثبوت الحق عنده جاز؛ لأنه يحكم باجتهاد نفسه، ولو كان المحكوم به على الغائب عقارًا في غير البلدة التي فيها الخصم فلا يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم، ويجوز أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه العقار، قاله المَاوَرْدِي، ولو كان المدعي به عينًا منقولة ففي جواز الحكم بها مع الغيبة خلاف يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

رأى الرَّافِعِي تبعًا للإمام أن المذهب المشهور: إنه لا يجب التعرض لذكر الشهادة، فقال: ويجوز ألَّا يتعرض لأصل الشهادة فيكتب: حكمت بكذا بحجة

....

أوجبت الحكم؛ لأنه قد يحكم بشاهد ويمين، وقد يحكم بعلمه إذا جوَّزناه، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح أصحاب الرأي إذا حكم بشاهد ويمين.

قال: وفي فحوى كلام الأصحاب وجه، زاد في متن «الرَّوْضَة»: ضعيف مانع من إبهام الحجة لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم، انتهى.

وصرَّح كثيرون بنقل وجهين في وجوب تسمية الشهود بلا ترجيح، ووجه الوجوب ظاهر وهو كالمتعين في هذا الزمان، قال: الْعِمْرَانِي: ويقرأ القاضي الكاتب الكتاب عليهما أو يقرأه غيره بحضرته وهو يسمع.

قال الشَّافِعِي: وأحب للشاهدين أن ينظر في الكتاب عند شرائه؛ لئلا يُغَير منه شيء، فإن لم يفعلا ذلك جاز؛ لأن الاعتماد على ما يسمعان، ثم قال: فإن المكتوب قليلٌ يحفظانه اعتمادًا على حفظه، وإن كان كبيرًا كتب كل واحد منهما ما سمعه في نسخه وقابله بالكتاب؛ ليتذكر ما شهد عليه.

قال الشَّافِعِي: وقبضا الكتاب قبل أن يغيبا عنه، وكذا قاله في «الشامل» عن الشَّافِعِي، ولم يتعرض لهذه الزيادة في المختصر، ورأيت في «الأم» قال: الشَّافِعِي: لم يجز أن يقبل من الشهود حتى يقرأ عليهم الكتاب ويقبضوه قبل أن يغيب عنهم. وقد ضبط الكاتب ذلك بالخط، فنقَّط على الحرف الذي بعد القاف فوقه، وشدد الصاد وجعله من الاقتصاص لا من القبض، ويشبه أن يكون صحيحًا، وأن التعبير بالقبض تصحيف؛ إذ العبرة بإحاطتهم علمًا فيه لا بقبضه، وإذا غاب عنهم بعد أن يفتضوه بالفاء ثم التاء لم تحصل لهم الإحاطة بما فيه، ويجوز أن يكون: يقتصوه بالقاف والصاد المهملة، وأحسب ما في «الشامل» و«البيان» تحريف من ناقل.

قال الرَّافِعِي: وأمَّا الإشهاد فإن أشهدهما أنه حكم ولا كتاب شهدا به وقبلا، وإن أنشأ الحكم بحضرتهما فلهما أن يشهدا به، وإن لم يشهدهما، وإن كتب ثم أُشهد فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما، ويقول لهما: اشهدا عليّ بما فيه أو على حكمي المبين فيه.

فَإِنْ قال: لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ، ....

وفي «الشامل»: إنه لو اقتصر على قوله بعد القراءة: هذا كتابي إلى فلان أجزأ.

وفي «الشرح الصغير»: وقيل: أنه لو اقتصر فذكره، وهو ما أورده في «البيان».

وقال ابن الرِّفْعَة: إن قوله اشهدا عليّ، مذكور على وجه التأكيد، جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، وحكى المَاوَرْدِي وجهًا: إنه لا يكفي بناء على منع الشهادة على المقر من غير استدعائه الشهود، وهذا ما اقتضى كلام الهروي أنه المذهب، انتهى.

وما أشار إليه المَاوَرْدِي من البناء يدل على أنه وجه ضعيف كأصله، وهو كذلك وقد جزم الرَّافِعِي بأنه لو أنشأ الحكم بين يديهما فلهما أن يشهدا به، وإن لم يشهدهما وهو يدل على أن قوله: اشهدا عليّ، ليس بشرطٍ في ذلك.

وقال: الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية»: ولا يسعهما أن يشهدا بذلك إلا بعد أن يكون القاضي الكاتب قد قرأه عليهما، وقال لهما: اشهدا أن هذا كتابي إلى القاضي فلان، ويُسلّمه إليهما، أو يقرأ الكتاب عليهما وهو يسمع أو يقرأه الشاهدان، ثم يقول لهما: اشهدا أنه كتابي إلى فلان، ولا يجوز عند الشَّافِعِي أن يدفع إليهما الكتاب مختومًا فيقول: هذا كتابي إلى فلان فاشهدا به، ولا بد من قراءته عليهما حتى لو كتبه قاض بخط يده بحضرتهما، ثم قال: لهما: اشهدا أن كتابي إلى فلان لم يجز، انتهى.

وهنا زيادات وتتمات يطول ذكرها أوضحتها في «الْغَنِيَّة» أتم إيضاح.

قال: (**فَإِنْ قال: لَسْتُ الْمسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: إذا لم يكن معروفًا بذلك، فأمَّا إذا كان معروفًا بهذا الاسم فيحكم عليه ولا يفيده إنكاره.

(**وَعَلَى الْمدَّعِي البَيِّنَةُ بِأَنَّ هَذَا الْمكتوبَ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ**) لأن الأصل عدم تسميته بذلك، وصدقه محتمل؛ إذ الغرض أنه مجهول الحال.

فَإِنْ أَقَامَهَا فَقال: لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الْحُكْمُ إنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الِاسْمِ وَالصِّفَاتِ، وَإِنْ كَانَ أُحْضِرَ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الأَوَّلُ، وَإِلَّا بَعَثَ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنْ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا.

قال: (**فَإِنْ أَقَامَهَا**) أي: بذلك (**فَقال: لَسْتُ الْمحكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الْحكمُ إنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الِاسْمِ وَالصِّفَاتِ**) لأن الظاهر أنه المحكوم عليه.

(**وَإِنْ كَانَ**) أي: هناك مشارك له فيها بأن عرفه القاضي أو قامت به بينة.

قال: (**أُحْضِرَ**) يعني: المشارك.

(**فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا**) أي: أنكر.

(**بَعَثَ**) يعني القاضي المكتوب إليه.

(**إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنْ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا**) أي: ويرتب المكتوب إليه على ذلك حكمه، فإن لم يجد عندهم من بدا وقف الأمر حتى ينكشف، هكذا قاله الرَّافِعِي.

وقال: الْبَنْدَنِيجِي وغيره: وإن أنكر قيل للمحكوم له: ألك بينة تفرق بين الرجلين؟ فإن أتى بها حكم له، وإن لم يأت بها كتب المكتوب إليه إلى الكاتب، وذكروا ما سُقناه من كلام الرَّافِعِي، وهذا أحسن وأوضح.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: إذا لم يكن للمدعى عليه بينة على اسم المحضر ونسبه، ونكل المحضر عن اليمين، حلف المدعي وتوجه عليه الحكم، وإن قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فالمذكور في «الوجيز» واختيار الإمام: إنه لا يقبل منه اليمين هكذا، وعن الصيدلاني القبول، كما لو ادَّعى عليه قرضًا فأنكر، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء، فإنه يقبل، وفرَّق بأن مجرد الدعوى ليس بحجة عليه، وهاهنا قامت البينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك توجه الحق عليه إن ثبت كونه سُمي بهذا الاسم.

قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول: حكمنا في تنازع المتنازعين في قدم العيب

....

وحدوثه أن البائع إن قال: إنه لا يستحق الرد علي فيحلف هكذا، وإن قال: ما أقبضه إلا سليمًا وأراد أن يحلف أنه لا يستحق الرد عليه لم يمكن على أظهر الوجهين، بل يلزمه التعرض لما أجب به.

إذا تذكرت ذلك فالمسألة مصورة فيما إذا أنكر كونه مسمى بذلك الاسم، وحينئذ فالقول بأنه لا يكفيه الحلف على أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه مستمر على أظهر الوجهين، ونظيره في مسألة العرض أن يقول في الجواب: ما أقرضتني ولا يكفيه الحلف على أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه على هذا الوجه، إنما يكفيه ذلك إذا كان جوابه في الابتداء أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه، ونظيره هاهنا أن يقول المحضر: لا يلزمني تسليم شيء إليه، وأراد أن يحلف عليه فيشبه، أن يمكن منه، وحينئذ فلا فرق بين المسلمين.

وقال في «الشرح الصغير»: وإن قال: لا أحلف على أنه ليس باسمي ونسبي ولكن أحلف على أنه لا يلزمني شيء لم يمكن منه على أظهر الوجهين، بل يلزمه التعرض لما أنكره، وقد سبق نظيره ولو اقتصر في الجواب على أنه لا يلزمني شيء فيكفيه ويحلف عليه، انتهى.

ثانيها: سبق أنه إذا ادَّعى المحضر مشاركًا فأحضر وسئل، فإن اعترف بالحق طولب به، وتبعنا في إطلاق ذلك الرَّافِعِي وغيره.

وعبارة «البيان»: فإن اعترف بأنه المحكوم عليه وصدَّقه المدعي لم يسأل عن الأول، أي: بل يحكم على هذا المعترف باعترافه ويترك الأول، لكن قد يقال: كيف يلزم القاضي هذا المعترف بالخروج من الحق ويحبسه عليه عند الحاجة بعد أن سبقني من المدعي أن حقه على من أحضر أولًا، وكان تصديقه الثاني رجوع غير ذلك واعترافه أولًا، والثاني مؤاخذ باعترافه، فلا يقدح فيه ما سبق من الدعوى على الأول.

ثالثها: ما سبق فيما إذا كان المشارك له في الاسم وجميع الصفات حيًّا، فإن كان ميتًا.

....

قال الْمَاوَرْدِي وغيره: فإن لم يكن قد عاصر الحي فلا أثر لهذه المشاركة، وإن كان قد عاصره.

قال الْبَنْدَنِيجِي: ويمكن أن يكون عامله، فإن كان قد مات بعد الحكم فهو كما لو كان حيًّا وإن كان موته قبل الحكم فوجهان.

وقال: شُرَيْح الرُّويَانِي: وإن كان ميتًا فقد قيل: إن كان قد مات قبل تاريخ الكتاب ويكون القاضي الكاتب عرف موته فإنه يتوجه ـ أي: الحق ـ على هذا، ولا يقبل دعواه، وإن كان مات بعده لم يتوجه عليه إلا بكتاب جديد، وقد قيل: إن كان الميت ممن يجوز أن يكون بينه وبين المحكوم له معاملة، فلا بدّ من كتاب جديد وإلا لم يلزمه بجديد الكتاب، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك، وقد مات فإن مات بعد الحكم فقد دفع الإشكال، وإن مات قبله ولم يعاصر المحكوم له فلا إشكال، وإن عاصره فوجهان:

أظهرهما: حصول الإشكال، وبه قال: صاحب «التقريب» انتهى.

والتقييد بإمكان المعاملة متعين، سواء مات قبل الحكم أو بعده، ولا سيما إذا كانت الشهادة على بيع أو شراء أو إقرار، وكلما لا يصح إلا من المكلف وكان الموافق صغيرًا إذ ذاك.

رابعها: قال الرَّافِعِي إثر ما سبق: هذا إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه وصفته كما قدمنا، أمَّا إذا اقتصر على قوله: حكمت على محمد بن أحمد مثلًا، فالحكم باطل؛ لأن المحكوم عليه مبهم، ولم يتعين بإشارة ولا وصف كامل، بخلاف ما إذا استقصى الوصف ولم يقصر، وظهر اشتراك واشتباه على النذور، حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد، وإنه المعني بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم؛ لبطلانه في نفسه إلا أن يقر بالحق فيؤاخذ به.

هذا ما نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وهو المتوجه إلا أن في «آداب القاضي» لابن القاص، وفي «إفصاح» أبي علي: إنه إذا ورد الكتاب أحضر

....

القاضي المكتوب عليه وقرأ عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه أخذه به، سواء كان قد رفع في نسبه أو لم يرفع، وذكر صناعته أو لم يذكر، ولا شك أنه لو شهد الشهود على الحكم كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه، يقبل الشهادة ويعمل بمقتضاها؛ لما سبق أن الاعتبار بشهادة الشهود لا بالكتاب.

وجزم في «شرحه الصغير» بما صدر به كلامه من بطلان الحكم، وعدم مؤاخذة المعترف بأنه المعني بالكتاب، ثم قال: وفيه وجه، وذكر ما حكاه عن ابن القاص وغيره.

وعبارة «أصل الرَّوْضَة»: الصحيح ما ذكره الإمام والغزالي.

واعلم أن ابن القاص لم يقل ذلك تفقهًا ولا تخريجًا عن النص، فقال: قال الشَّافِعِي: وينبغي للقاضي إذا كتب كتابًا بذكر رجل أن يرفع في نسبه، ويذكره بصناعته وقبيلته، أو أمر يُعرف به، فإذا أورد الكتاب على القاضي دعا المكتوب فيه، وقرأ عليه ذلك الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه ذلك الكتاب أخذه به، سواء كان قد رفع في نسبه أم لم يرفع أو ذكر صناعته أو لم يذكر، وكان الرَّافِعِي قد ظن أن قوله: سواء كان. . . إلى آخره من كلام ابن القاص لا من تتمة النص، وليس كذلك بل هو نص الشَّافِعِي في «الأم» وهو غير ما أورده في «الإفصاح» ونص «المختصر» ملخص من «الأم» إذا علمت هذا فالذي رأيته من كتب الطريقتين التي وقعت عليها موافق لنص «الأم» ولما أفهمه نص «المختصر».

وعبارة «التَّرْغِيب»: ولو اقتصر على قوله: حكمت على زيد بن عمرو، وهناك واحد مشاركه في هذا النسب لا يلزمه؛ لأن الحكم في نفسه باطل، ولا يتم إلا باعترافه أنه المعني به، والحاصل أن النص وقضية كلام الجمهور: إنه متى اعترف أنه المقضي عليه في الكتاب أو المعني به أنه يؤاخذ بالحق، والظاهر أن الشَّافِعِي والجمهور نزَّلوا هذا منزلة إقراره بالحق المشهود به، وأكاد أقطع بأن ما ذكره الإمام من تصرفه، وقد سُقت عبارته في «الْغَنِيَّة» وبه يتبين ما ذكرته وابن الرِّفْعَة لما فهم اقتضاء كلام «الشامل» ما سبق.

....

قال: فيه نظر، واعترض عليه بكلام الغزالي، ثم قال: لكن قد يمنع ابن الصباغ الحكم المذكور، ويقول: إذا قال شخص: إنه المعني بالكتاب يلزمه الحق، كما حكاه الرَّافِعِي عن ابن القاص، وإفصاح أبي علي، ولم يدر ابن الرِّفْعَة أنه المذهب، المنقول ويمكن حمل النص، وقول الجمهور على حاله، وكلام الإمام ومن تبعه على أخرى من غير إثبات خلاف، وأحسن في «الذَّخَائِر» فقال: فيما قاله الغزالي نظر، فإن الكتاب قد تضمن وجوب حق على من له هذا الاسم، فإذا اعترف أنه المعني به والمسمى فيه فلا وجه لتوقف الحكم وردّه، انتهى.

خامسها: لو أقرَّ المحضر بأنه المحكوم عليه، لكن طلب يمين المدعي على عدم القبض أو الإبراء لم يجب إلى ذلك؛ لأن الكاتب قد حلَّفه، صرَّح به المَاوَرْدِي والبندنيجي والقاضي أبو الطيب وغيرهم، وفي «التهذيب» في مسألة دعوى الإبراء أنه يحلِّفه على أنه لم يبره، قال الرَّافِعِي: فحصل في المسألة وجهان، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن محلهما إذا لم يصرح الكاتب بالتحليف، أمَّا لو صرَّح به فلا معنى لإعادته، أمَّا لو لم يصرح به وكان ممن يعتبر التحليف في الحكم على الغائب، فكما لو صرَّح به ويحتمل أنه أغفله فحسن التردد، إلا أن يقوم بنيه بالتحليف على ما طلب الخصم التحليف عليه، ولا شك أنه لو ادَّعى قبضًا أو أبرأ متأخرًا عن حكم الكاتب، أنه يحلف له، قال ابن الرِّفْعَة: ولو طلب يمين الخصم على عدالة من شهد له لم يلزمه اليمين، وكذا لو سأل إحلافه على ألا عداوة بينه وبينهم، نعم لو سأله أن يحلف على أن لأولاده بينه وبينهم ولا شركة وجب إحلافه على ذلك؛ لاختصاصه بالمحكوم له دون الحاكم، كذا حكاه المَاوَرْدِي، ونسبه الرَّافِعِي إلى العدة، انتهى لفظه رَحِمَهُ ٱللَّهُ. وهو وهم على الرَّافِعِي، والذي في «الشرح» و«الرَّوْضَة» وفي «العدة»: إنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم على ألا عداوة بينه وبينهم، وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجاب إليه، ولو سأل إحلافه على عدالتهم لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم. هذا لفظهما، ولم يذكرا مسألة دعوى الولادة والشركة.

....

وقال المَاوَرْدِي: إن سأل إحلافه على عدالة شهوده لم يلزمه؛ لأن تعديلهم إلى الحاكم، ولا مدخل لليمين فيه، ثم ذكر ما سبق دعوى الشركة والولادة، ثم قال: ولو سأل إحلافه على ألا عداوة بينه وبينهم فهذا مما يخفى عليه، فلا يلزمه إحلافه عليه، انتهى.

ولعلَّه فيما إذا طلب يمينه على القطع، أمَّا لو طلبها على نفي العلم أجيب إليه، فلا يكون مخالفًا لكلام «العدة» وسيأتي أنه لو طلب يمينه أنه لا يعلم فسق شاهده أو كذبه أنه يحلف على الصحيح، فإن أراد المَاوَرْدِي التحليف على نفي العلم فهو جواب منه على الوجه الآخر، وفي إرادته ذلك بعد، والظاهر أنه حصل في النسخة خلل من ناقل.

سادسها: إذا لزم القاضي المكتوب عليه أو المعترف بأنه المراد بذلك بأداء الحق فأداه، ثم قال: للقاضي: اكتب لي إلى الكاتب بأنك حكمت عليّ للمدعي، وبأني وفيت ما حكمت به حتى لا يدَّعي به مرة أخرى، فهل يلزم القاضي إجابته؟ فيه وجهان.

قال الأكثرون: لا يلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده، أو حكم به بعد دعوى محررة، ولم يجز واحد منهما عنده، قال الرَّافِعِي: ويكفي للاحتياط إشهاد المدعي على قبض الحق، وقال الإصطخري: يلزمه إجابته لاحتمال ما ذكره، ولأنه لو طلب الإشهاد على الخصم بالقبض لأجل ذلك وجب قولٌ واحدٌ، وبه جزم السرخسي، وصححه غيره.

وعبارة «التَّنْبِيه» عن المسألة فقد قيل: يلزمه، وقيل: لا يلزمه، إلا إذا ادَّعى عليه ذلك مرة أخرى.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذه الزيادة لم أرها لغيره، وإن كان الفقه يقتضيها؛ لأنه إذا ادَّعى عليه مرة أخرى توجهت دعوى الدافع بالإقباض، والقاضي بعلمه، فساغ له الكتابة به، انتهى.

وينبغي أن يقال: تجب عليه الكتابة، أو الإشهاد عليه بذلك؛ ليخلصه من

وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ بِبَلَدِ الْحَاكِمِ فَشَافَهَهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وِلَايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْ وِلَايَتِهِمَا أَمْضَاهُ، ....

ظلم المدعي، وربما سبق في أول الباب عن «فتاوى» الْقَفَّال ما يوافق كلام «التَّنْبِيه».

سابعها: لو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت به الحق لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه قد يكون ملكه، قالوا: ولو لم تكن الورقة ملكه فله غرض في إمساكه لتذكار الشهود، فربما احتاج إلى شهادتهم، وكذا من له كتاب بدين فاستوفاه، أو بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفي منه ولا إلى المشتري؛ لأنه ملكه، وقد يظهر استحقاق فيحتاج إليه.

قال: (**وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ بِبَلَدِ الْحاكِمِ فَشَافَهَهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وِلَايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْ وِلَايَتِهِمَا أَمْضَاهُ**) إنهاء الحكم وسماع التَّنْبِيه إلى قاضي بلد آخر يحصل بطريقين:

أحدهما: الحكم والإشهاد، والمكاتبة، وقد سبق.

والثاني: المشافهة، ويتصور من وجوه:

أحدها: أن يجتمع القاضي الذي حكم وقاضي بلد الغائب في غير عملهما.

والثاني: أن يخرج الذي حكم إلى بلد الآخر ويخبره، ففي الحالتين لا يقبل قوله، ولا يمضي حكمه؛ لأن إخباره في غير علمه كإخباره بعد العزل، نعم لو كان الإمام قد أذن له أن يحكم جل البلد، فيظهر تخريج حكم المجر بذلك في الحالة الأولى إذا عاد إلى علمه على القضاء بالعلم، كما سيأتي، وفي الثانية هو كما لو أخبر أحد الحاكمين في البلد الواحد الآخر بحكمه.

والثالث: وهو مسألة الكتاب، أن يحضر قاضي بلد الغائب إلى بلد من حكم فيخبره بحكمه، فهل يمضيه إذا عاد إلى عمله ينوه على أنه هل يقضي بعلمه؟ إن قلنا: نعم، فنعم، وإن قلنا: لا، قال الرَّافِعِي: فعن بعضهم تجويزه، والأصح وبه قال الإمام: إنه لا يجوز كما لا يجوز الحكم بشهادة سمعها خارج عمله، وكما لو قال: ذلك القاضي: سمعت البينة على فلان

وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ كَتَبَ سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلَانٍ، وَيُسَمِّيهَا الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ.

بكذا، فإنه لا يرتب الحكم عليه إذا عاد إلى عمله.

قلت: وقضية طريقة الإمام وموافقيه: إنه لا يعمل بذلك على القولين لما سبق عنه في ذلك، قال: ولو ناداه في طرفي ولايتهما أمضاه إذا كانا جميعًا في محل الولاية بأن وقف الذي حكم في طرف ولايته، ونادى صاحبه بأني قد حكمت بكذا وبيّن الحال، فعلى صاحبه إمضاؤه بشرطه؛ لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب، وأولى بأن يعتمد عليه.

قال الرَّافِعِي وغيره: وكذا لو كان في البلد قاضيان، فقال أحدهما للآخر: حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد، وبالعكس ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب، فأخبر أحدهما الآخر عن حكمه أمضاه الآخر؛ لأن القرية محل ولايتهما جميعًا، ولو دخل النائب البلدة فقال للقاضي: حكمت بكذا لم يقبله، ولو قال له القاضي: حكمت بكذا ففي إمضائه إذا عاد إلى عمله الخلاف في القضاء بالعلم، انتهى.

قال: (**وَإِنْ اقْتَصَرَ**) أي: القاضي الكاتب.

(**عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ كَتَبَ**) إلى قاضي بلد الخصم.

(**سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلَانٍ**) أي: ابن فلان، ويصفه بما لا يشاركه فيه غيره من الصفات كما سبق بكذا، وكذا ليتولى المكتوب إليه الحكم عليه.

قال: (**وَيُسَمِّيهَا الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْها**) أي: لينظر المكتوب إليه فيها، ويبحث عن عدالتها وغيرها؛ ليرتب الحكم على شهادتها.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن عدَّلها الكاتب.

(**فَالْأَصَحُّ جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ**) أي: اكتفاءً بتعديل الكاتب لها، وعبارة «المحرر»: والأشبه كذا، ولم يصرح الرَّافِعِي بنقل خلاف في المسألة ومقابل الأصح، نقله الإمام والغزالي كما سنوضحه.

قال الرَّافِعِي: والقياس الأول، وهو المفهوم من إيراد الْبَغَوِي وغيره،

....

وبهذه المسألة جعلنا شرحها وأوضحناها في «الْغَنِيَّة» من كلام الأصحاب خلاف فيها، كما صرَّح به «المنهاج» ونعيد طرف مما سبق رجاء.

فائدة: إذا لم يحكم القاضي، وأنهى ما جرى من الدعوى وإقامة الحجة؛ ليعرف المكتوب إليه ثم يحكم، وقد يرى بعض ذلك حجة، وإذا كتب بقيام الحجة فليسم الشاهدين لما سبق، والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدلهما، فإن أهل بلدهما أعرف بحالهما، فإن لم يفعل فعل المكتوب إليه البحث والتعديل، هكذا أطلقه الرَّافِعِي وغيره، وهذا فيما إذا كان هناك من يمكن أن يعدلهما، أمَّا لو لم يكن وعلم الكاتب أنه لا يمكن تعديلهما هناك، إمَّا لعدم من يعرفها هناك للبعد أو غيره فالوجه تعين تعديلهما ببلدهما، ثم المكاتبة بما شهدا به، وإذا عدَّلهما الكاتب فهل يجوز أن يترك تسميتهما أم لا؟

قال الإمام: أجمع الأصحاب على أن القاضي إذا لم يقض وضمن كتابة سماع الشهادة فلا بدّ من ذكر الشهود وتعريفهم، ولا يكفي أن يقول: سمعت بينة توجب الحكم، وعلى ما نقله جرى الغزالي وغير.

وقال الرَّافِعِي: إن القياس التجويز... إلى آخر ما سبق عنه.

قال: ويجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على ما سيأتي من أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة تقبل شهادة أحكم بقيام البينة، إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وكفى قوله قامت عندي بينة عادلة بكذا، وإن قلنا: يقبل، فلا بدّ من التسمية كما أنه لا بد من أن يسمى شاهد الفرع شاهد الأصل.

قلت: وسبق أن في هذا البناء نظر، والمختار ما نقله الإمام ومتابعوه، وبه صرَّح القاضي الحسين؛ لأن في عدم التسمية نوع تهمة، وإذا أطلق ذكرهم فربما لا يرى الثاني القضاء بمثل تلك البينة لو عرفها، والمذاهب في الحجج مختلفة، وقول الرَّافِعِي: إنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود غير متفق عليه، بل أطلق جماعة نقل وجهين فيه، والمختار وجوب التسمية، وإن كان المشتهر خلافه؛ لئلا يسد باب الطعن على المشهود عليه، ولا سيما مع تباعد البُلْدَان وعسر

....

التدارك بمراجعة القاضي الكاتب، أو تعذره، ثم الظاهر من إطلاقهم أنه لا فرق بين كون مذهب الكاتب كمذهب المكتوب إليه فيما يعتبر في قبول الشهادة أولًا، وسبق عن الهروي وغيره: إنه لو عدل شاهد عند قاض أنه لا يجوز أن يشهد عند قاض آخر أنه عدل، بل يقول عدل عندي أو نحو هذا.

فروع وتتمات:

منها: سبق قول الرَّافِعِي أن القياس أن يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب، زاد في «الرَّوْضَة»: إنه الصواب، وفيه نظر، وينبغي أن يكون موضعه في الموافق في التعديل على أن ما يشعر به لفظ «الوجيز» من الجواز هو ما يفهمه كلام الإمام وغيره، ولا أحسب أحدًا يمنعه ذلك إذا حصل له رتبة أو توقف في القضية، وقول الرَّافِعِي: والقياس كذا يفهم أنه يجب عليه الأخذ به من غير كشف عن تعديل البينة، وهو بعيد عند اختلاف المذهب، وحصول الريب والشكوك وفساد الزمان.

ومنها: لا حاجة هنا إلى تحليف المدعي، ولا شك فيه إذا لم يتعرض الكاتب للثبوت، فإن تعرض له وقلنا: إنه حكم حلَّفه، وإلا فلا، كلام الإمام يُفهم أنه يحلفه في هذا القسم، وهو غريب، والقول في أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما سبق، فإذا أنهى سماع البينة فقط أو تعديلها بعد السماع قال: ثم فوضت القضاء إليك بهذه البينة المنقولة إلى مجلسك، فانظر نظرك ورأيك موفقًا مسددًا إن شاء الله. هذا لفظ الإمام، وينبغي أن يكون هذا الدعاء إذا كان الكاتب أعلى رتبة من المكتوب إليه، فإن كان دونه أتى بما يناسبه.

ومنها: إذا عدَّل الكاتب الشهود فجاء الخصم ببينة على جرحهم سمعت وقدمت؛ ولذلك الحكم لو جرحت حسبة كما سبق، ونزيد هنا أنه لو أقام بينة بأن لهم فيما شهدوا به شركاء أو أن بينهم وبين المشهود له ولادة بطل الحكم عليه بها، وإن أقام بينة بجرحهم بالفسق في وقت شهادتهم بطل بها الحكم، وإن شهدوا بحدوث فسقهم بعد الحكم لم تسمع أو به قبل سماع شهادتهم

....

اعتبر ما بين زماني الجرح والشهادة، فإن كان قريبًا لا يتكامل صلاح الحال فيه سمعت الجارحة وحكم بسقوط شهادتهم، وإن تطاول ما بينهما لم تسمع الجارحة وحكم بشهادتهم؛ لأن الحال تصلح مع تطاول الزمان، ويرتفع الفسق بما حدث بعده من العدالة، قاله المَاوَرْدِي، وفي إطلاقه وقفة للمتأمل.

وقال ابن الرِّفْعَة: والمعتبر في بينة الجرح أن يشهد بجرح بينة المدعي حالة الحكم أو قبله، كما قاله الْبَنْدَنِيجِي وغيره، ولا يكفي أن تطلق البينة الشهادة بالجرح لجواز أن يكون حادثًا بعد الحكم، وذلك لا يؤثر على الأصح، انتهى.

وكلام المَاوَرْدِي ينازع فيما أطلقه عن الْبَنْدَنِيجِي وغيره من القبيلة للحكم عند طول الزمان، والله أعلم.

ومنها: يمهل ليأتي بجارح ثلاثًا، فلو قال: لي دافع بذلك البلد كلفه القاضي أداء المال، ثم هو يتمكن من الإتيان بالدافع متى أمكنه، هكذا أطلقوه من غير فرق بين قرب البلد وبعده، وقد يقال: إذا كان يؤمن هربه والحال لا يجاوز ثلاثة أيام أنه يمكن من ذلك قبل الأداء، كما لو رام إحضاره من خارج البلد الذي هو به عند المكتوب إليه في الثلاثة فما دونها، وقد لا يمكن من جرحهم إلا هناك لمعرفة أهل بلدهم، والغرض أن الموضع قريب، فيشبه أن يكون مراد الأئمة ما إذا كان الأمر بخلاف ما ذكرناه، فإنهم علَّلوا المنع بأن الأمر يطول، فلو فعلنا هذا، والظن بالقاضي كما قال الإمام إنه لم يأل جهدًا ولم يقصر، لبطل أثر القضاء على الغائب، انتهى.

ورأيت في «عمد» الْفُورَانِي: فإن قال المكتوب عليه: أنا أُقيم البينة على جرحهم، فله ذلك بشرط أن يثبت أولًا أن الذين شهدوا عليه هؤلاء، ثم يقيم البينة على جرحهم، فإن استمهل مدة ليخرج إلى القاضي الكاتب وينجز كتابًا بأسماء الشهود، ثم يقيم البينة هاهنا على الجرح، فإنه يمهل قدر ما يمكنه ذلك، انتهى لفظه.

....

وقال في «الإبانة»: إذا استمهل حتى يذهب إلى القاضي الكاتب، ويبين الشهود بالجرح يمهل، ولم يفرق بين طول المدة وقصرها، وما ذكرناه من التوسط حسن متعين.

ومنها: قال الإمام: ومن لطيف ما تبنى عليه: إنه لو حكم بشهادة شاهدين على حاضر ثم بان فسقهما حالة القضاء نقض الحكم بلا خلاف، فإنَّا لو لم نقل ذلك لجر هذا حيفًا على الغائب المقضي عليه، بخلاف الحاضر، فهو المقصر لما لم يبحث، وعلى ما ذكره من نفي الخلاف جرى الغزالي وغيره، ورأيت من نقل ذلك طريقين هذه، والثانية: إنه على القولين فيما لو بان فسقهما، والقضاء على الحاضر، وقضية الفرق أن الحاضر الغبي الجاهل كالغائب، فيأتي فيه ما سنذكره، وهل المتواري الحاضر والمتعزز كالغائب كالحاضر؛ لتقصيره بالتغيب والتعزز، فيه نظر.

ومنها: لا خفاء أنه إذا قدم الغائب أو كمل الناقص بصبي أو غيره أنه على حجته من قادح في البينة، أو معارضة بينة يقيمها على قضاء، أو إبراء، أو حوالة، ونحوها لدفع الظلم عنه.

قال ابن الرِّفْعَة: قال الأصحاب: وإذا كان يجهل ذلك عرفه الحاكم به، وإن كان يعرفه فهو مخيَّر، إن شاء عرّفه وإن شاء سكت.

قلت: وسبق عن ابن الصلاح: إنه إذا خفي على الوارث طلب اليمين للحكم على بينة أن على الحاكم تعريف ذلك، ثم ظاهر كلام كثيرين أو الأكثرين يفهم أن الغائب على حجته، وإن لم يشترط ذلك الحاكم في الحكم.

قال ابن الرِّفْعَة: وقال المَاوَرْدِي: إن القاضي يشترط في حكمه على الغائب أنه على حق وحجة إن كانت له؛ لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حججه وتصرفه، انتهى.

وفي كلامه شيئان:

أحدهما: إنه قال: ظاهر كلام «التَّنْبِيه» يقتضي أن الغائب على حجته،

وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ].

وإن لم يشترط الحاكم ذلك في الحكم، وقد قال الْمَاوَرْدِي كذا، فافهم أن ذلك ظاهر كلام «التَّنْبِيه» فقط، وليس كذلك، بل قضية كلام الجمهور القطع به، بل قال: الْقَفَّال ما معناه: إن ذكر ذلك فضول؛ لأن كل ذي حجة على حجته كتب ذلك في السجل، أو لم يكتب.

الثاني: ليس كلام الْمَاوَرْدِي تصريحًا فيما ذكره، فإنه ذكر في موضع ما تقدم.

وقال في موضع: وينبغي للقاضي أن يكتب بعد إنفاذ حكمه أنه قد جعل كل ذي حق وحجة على ما كان له.

قال: **(وَالْكِتَابُ بِالْحكم يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمسَافَةِ وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ)** أي: وهي مسافة العدوى لا القصر على الأصح عندهما، لكن في «أدب القضاء» للعبادي: إن الشهادة على نقل البينة إنما تسمع إذا كانت المسافة مسافة القصر، ولا تقل فيما دونها، وعليه سوغ الأصحاب إلا ابن أبي هريرة، وهذا تصريح منه بأن المذهب اعتبار مسافة القصر، وهو ظاهر نصه في «الأم».

إذا عرفت هذا فاعرف أن المذهب المشهور المعروف أن الكتاب بالحكم يمضي مع بعد المسافة وقربها، وحيث لا مسافة بأن كان في البلد قاضيان وجوَّزناه، والمشافهة في ذلك كالكتاب، أمَّا إذا شافه والحالة كما وصفنا بسماع البينة فقط أو بالثبوت، وقلنا: إنه ليس حكم، فهل للآخر أن يحكم؟ بنى الإمام والغزالي ذلك أن سماع البينة والإنهاء نقل شهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، أو حكم بقيام البينة، وفيه جوابان: وجه الأول: إنه لو كان حكمًا لما افتقر إلى تسمية الشهود.

وثانيهما: إنه لو كان نقلًا لما كفى ناقل واحد، وقد اكتفينا بالقاضي المنهي، فعلى الأول لا يجوز للمنقول له الحكم كما لا يجوز بشهادة الفروع

....

مع حضور الأصول، وعلى الآخر يجوز كما في الحكم المبرم.

قال الرَّافِعِي: وهذا ظاهر عند الإمام والغزالي، لكن عامة الأصحاب منعوا وقالوا أيضًا سماع الكتاب إذا كانت المسافة بين الكاتب، والذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهي مسافة العدوى لا القصر على الأصح كما سيأتي، لكن ظاهر نصه في «الأم» هنا يشير إلى اعتبار مسافة القصر، أمَّا إذا كانت المسافة دونها أو دون مسافة قبول الشهادة على الشهادة فلا تقبل، وهذا ما نص عليه في عيون المسائل، ويخالف الكتاب المبرم بالحكم حيث تقبل، قربت المسافة أم بعدت، وفرَّقوا بأن الحكم هناك قد تم وليس بعده إلا الاستيفاء وسماع البينة بخلافه.

وقد وجدت في نسختين من «أمالي» السرخسي عكس ما أورده الجمهور وهو أن كتاب السماع نقل مع قرب المسافة وبعدها، وكان الحكم لا يقبل إلا إذا بعدت المسافة، وهو غلط من ناقل أو ناسخ وليس وجهًا آخر، انتهى.

وحذفت «الرَّوْضَة» هذا لما ذكره الرَّافِعِي، ولا أحسبه غلطًا في النقل، بل له وجه عند التأمل، وسيأتي ما يشير إلى إثبات خلاف في النوعين.

تنبيهات: سبق إطلاق الرَّافِعِي وغيره والمصنف أن كتاب الشهادة لا يمضي مع قرب المسافة على الأصح، ومثله المشافهة بقيام البينة، وأولى بالمنع، وجزم الإمام بأنه لو كتب قاضي جانب من البلد إلى قاضي الجانب الآخر بأني قد سمعت بينة فلان على فلان فاقض بها، وكان من شهد عنده قد مات أو غاب أنه يسوغ للمكتوب إليه القضاء بذلك، بخلاف ما إذا كان الشهود حضورًا في البلد.

وقال في المشافهة: أنه إذا قال أحدهما للآخر: إني سمعت شهادة فلان وفلان وحلَّفته على موجب الشرع فاقض بالبينة في جانبك، فإن كان شهود الأصل قد غابوا أو ماتوا قضى المقبول له بذلك وإلا فلا، وسبق عن ابن الرِّفْعَة كلام في ذلك.

....

وفي «الْحَاوِي» ما يوافق الإمام فيما إذا أخبره بإقرار الخصم، وذكر الْفُورَانِي أنه يقبل منه المشافهة بالإقرار دون الشهادة، وتبع الغزالي إمامه فيما ذكره.

ولفظ «الْبَسِيط»: إذا سمع أحدهما شهادة وقال: ألا سمعت الشهادة فاقض به، فإن قلنا: هو حكم فليس على الثاني استعادة الشهادة، وكأنهما تعاونا على إتمام القضاء، وإن قلنا هو نقل فإن حضر الشهود فلا بدّ من استعادة الشهادة، وهذا قطعنا به من قبل، وهذا الخلاف منقول كما ذكرناه، انتهى.

وأشار الرَّافِعِي فيما سبق إلى ذلك، فخرج من هذا كله أنه يحكم على الوجهين مع قرب المسافة إذا مات الشهود أو غابوا أو مرضوا ونحوها كما سيأتي هناك حرفًا بحرف، وتعليل الأئمة المنع بسهولة إعادة الشهادة يوافقه، ثم قال الإمام: فإن قيل إذا كان التنادي والإعلام من طرفي الولايتين ممكنًا، فإذا كتب أحدهما وأشهد على كتابة شاهدين وكان قادرًا على أن يشافه القاضي ويناديه فهلا كان ذلك ممنوعًا؛ لأن كتابة القاضي وشهادة الشهود على سماعه بمثابة الفرع للقاضي، وقوله في نفسه أصل، فكيف القضاء بالفرع مع التمكن من الوصول إلى الأصل، ويخرج من موجب هذا السؤال أنه يتعين أن يعلم أحد القاضيين الآخر بسبيل التنادي في طرف الولايتين، وهذا وجه بين القياس، ولكن الذي دلّ عليه كلام الأصحاب أنَّا لا نشترط ذلك، فإن فيه الغض منصب القاضي وتكليفه ما لو تكلفه كان جزمًا للمروءة وحطها، انتهى.

وقال في أواخر الباب: كل حق تقبل فيه الشهادة على الشهادة يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، ثم قال: والأصحاب شبهوا شيئًا بشيء، وعندي أن كتاب القاضي إلى القاضي بمثابة الأصل، وليس مشبهًا بالشهادة على الشهادة، بل هو عينها، فإن القضاء إن كان مبرمًا فيقول القاضي بمثابة الأصل، وشهود الكتاب فروعه، وإن سمع القاضي البينة ولم يقض بها فهذا بعينه تقبل البينة، انتهى.

فيخرج من كلامه هذا، وما سنذكره أن ما ذكره الرَّافِعِي عن «أمالي»

....

السرخسي ليس غلطًا محضًا، وقوة كلام الإمام يفهم أنه لو كان بالبلدان قاضيان ومشافهة أحدهما الآخر مبشرة لاجتماعه به كل وقت أنه لا تجوز المكاتبة، والحالة هذه بالحكم المبرم لانتفاء ما ذكره، وسيأتي عن «عمد» الْفُورَانِي ما يفهمه على توقف فيه، ويخرج مما ذكرناه أيضًا أنه لو بعدت بلد القاضي المكتوب إليه عن بلد الكاتب، ولكن قبل وصول كتابه إليه انتقل شهود الواقعة إلى بلد المكتوب إليه، أو إلى قريب منه بحيث لا تسمع شهادة الفرع، ثم أتاه كتاب القاضي بشهادتهم أنه لا يجوز العمل به في هذه الحالة؛ لحضور شهود الأصل فتأمله.

ورأيت في «عمد» الْفُورَانِي ما لفظه: إذا كان ببلد واحد حاكمًا فهل يجوز كتاب أحدهما إلى الآخر؟ ينظر فإن كان كل واحد منهما حاكمًا في جميع البلد، فلا يجوز فيما يتعلق به الحك بحال ولكن عليه أن يخبر صاحبه مواجهة؛ لأنه لا يتعذر، فإذا أخبره فهل للقاضي المخبر أن يقضي به أم لا؟ ينظر، فإن كان أخبره بشهادة شهود، فإنه لا يقضي حتى يشهدوا عنده كما شهدوا عند الأول؛ لأنه لا يتعذر، وإن كان أخبره بإقراره منه فإنه يقضي به؛ لأنه لا يمكنه إعادة إقراره، وإن كان كل واحد على جانبٍ من البلد كما يكون ببغداد، فإن كتب شهادة شهود لم يجز؛ لأن المشافهة لم توجد، وإن كتب بحكم منفذ مبرم فإنه يقبل؛ لأنه لا يمكنه أن يخبره به مواجهة إلا أن يكون أحدهما خارجًا عن ولايته في الغالب، انتهى.

وعبارته قلقة، وقد تفهم أنهما لو كانا حاكمين في جميع البلد أنه لا تجوز المكاتبة بحال، لإمكان المشافهة بالحكم وإعادة الشهادة حيث لا حكم، وربما في «الْحَاوِي» وغيره ما يفهم ذلك أو يقتضيه، وللدارمي عبارة طويلة قلقة سُقتها في «الْغَنِيَّة» لينظر فيها.

قال الرَّافِعِي: إذا قال الحاكم لخليفته: اسمع دعوى فلان وبينته ولا تحكم به حتى تعرفني ففعل، هل للحاكم أن يحكم به؟ القياس: إنها كأنها أحد القاضيين في البلد إلى الآخر لإمكان حضور الشهود عنده، لكن الأشبه هاهنا

....

أن له الحكم؛ لأن تجويز الاستخلاف للاستعانة بالخليفة، وذلك يقتضي الاعتداد بسماعه، بخلاف سماع القاضي المستقل، وبهذا أجاب أبو العباس الرُّويَانِي في الجرح إثبات في تلوم فيه، انتهى.

ويحسن أن يجري فيه خلاف مبني على أنه هل ينعزل بعزله وانعزاله أم لا؟ إن قلنا: لا فكمستقبل وإلا جاز وفاء يقتضيه الاستعانة ولا يخفى عليك بعدما ذكرناه تقييد إطلاق المصنف، ولينظر فيما ذكره الرَّافِعِي هل هو مقصور على ما صوره أو لا فرق بان أن يأمره مستخلفة بذلك أو لا عملًا بمقتضى الاستعانة.

وفي «فتاوى» ابن الصلاح أنه سئل عن كتاب إنهاء الحكم هل يتوقف إثابته في البلد المنقول إليه على حضور الخصم، أو ثبوت بينته؟ فأجاب: لا يتوقف على ذلك، ويتوقف على إصابة نص فيها عن معتمد، هكذا رأيته، وكان في النسخة سقم، وحكى عنه أنه قال: الأظهر أنه لا يتوقف على ذلك، وذكر نفيه ما تقدم.

كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، ومنع أبو حنيفة الإطلاق الكلي.

قال: شُرَيْح الرُّويَانِي: وحكى جدي عن بعض أصحابنا أنه لا بدَّ من تعيين المكتوب إليه وهو غريب.

وقال الهروي: تحملت شهادة مع الشيخ أبي سعيد المتولي على كتاب حكمي من قاضي هراة إلى مجلس القاضي الحسين، وكانت الشهادة على الختم والعنوان إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فرد القاضي الكتاب.

وقال: الشهادة على الختم دون مضمون الكتاب غير مقبولة عند الشَّافِعِي، والعنوان من غير تعيين المكتوب إليه غير جاز عند أبي حنيفة فلا أقبل كتابًا أجمع الإمامان على رده كما أن من احتجم ومس ذكره وصلى لا تصح صلاته على المذهبين.

ومنها: إذا كتب إلى معين فشهد شاهدا الحكم عند غيره أمضاه وإن لم يكتب إليه ولا كتب، وإلى كل من يصل إليه من القضاة، اعتمادًا على الشهادة،

....

وعند أبي حنيفة: لا يقبل غير المعين شهادتهما إذا لم يكتب، وإلى كل من يصل، ويجري فيه خلافه فيما لو مات الكاتب وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه أو مات المكتوب، وشهدا عند من خلفه فعندنا تقبل شهادتهما ويمضي الحكم في الحالين خلافًا له هكذا ذكره الرَّافِعِي.

وفي «الْحَاوِي»: إنه لو مات المكتوب إليه وأقيم غيره مقامه فوجهان: أحدهما: هذا قاله البغداديون، وثانيهما: قاله البصريون من أصحابنا: إنه لو تغير حال القاضي بموت أو عزل أو جنون أو فسق وتقلد غيره مكانه لا يجوز له قبول كتاب إلى غيره كالشهادة عند المعزول؛ لأنه يحكم بها المولى بعده، وفي «الْبَحْر»: إن بعض أصحابنا بخراسان قال: إن الكتاب يخرج بموت الكاتب عن أن يكون بينة وهو غلط، انتهى.

وقال شُرَيْح: إذا مات المكتوب إليه أو عزل، ثم ولي غيره ووصله الكتاب أو وصل في حياة المكتوب إليه إلى قاضٍ غيره قبله في أصح الوجهين، ولا يتعين قاضٍ وإن عينه في كتابه، والثاني: إن كان المخاطب هو لا يعمل به غيره.

ثم قال الرَّافِعِي موجهًا للمذهب: أما إذا كان الكتاب بالحكم المبرم، فكما لو قامت البينة على حكم القاضي بعد موته، وإذا كان بقبول الشهادة؛ ولأنه مشبه بالشهادة على الشهادة، وشهادة الفرع بعد موت الأصل مقبولة.

قال: والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت، انتهى.

وجزم المَاوَرْدِي بالجنون كالفسق، وسيأتي بيانه ومع تفصيل آخر في الفرع إنما أغفلناه هنا.

ومنها: قال الرَّافِعِي: لو كتب القاضي إلى خليفته ثم مات أو عزل تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا: ينعزل بانعزال أصله، ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق، ثم وصل كتابه إلى المكتوب إليه فجواب ابن القاصّ وبه أخذا في «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما أن الكتاب إن كان بالحكم المبرم أُمْضي ولم يرد؛ لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق، وإن كان

....

بسماع الشهادة فلا يقبل ولا يحكم به كما لو فسق الشاهد قبل الحكم بالشهادة.

قلت: وهذا ما أورده الْمحَامِلِيّ في «المقنع» والماوردي والبندنيجي والقاضي أبو الطيب في «مجرده» وغيره والجرجاني في «شافيه» و«تحريره» وشريح الرُّويَانِي وصاحب «البيان» ولم أرَ في الكتب بعد التنقيب غيره.

ثم قال الرَّافِعِي: وأطلق القاضي ابْن كَجٍّ القول بأنه لا يقبل كتابه إذا حدث الفسق من غير فرق بين كتاب وكتاب وفرق بينه وبين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالخبث، وقيام الفسق به يوم الحكم، وهذا قضية إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصباغ، انتهى.

ولفظ «الشامل»: فأما إن تغيرت حال الكاتب بفسق نظرت، فإن كان ذلك تعذر وصول الكتاب إلى المكتوب إليه وحكمه به لم يتغير كما لو حكم بشيء، ثم بان فسقه فإن الحكم الماضي لا ينقض، وإن كان بان فسقه قبل حكم المكتوب إليه به، فإنه لا يحكم به كما لا يقبل حكم الحاكم بعد فسقه، انتهى.

والظاهر أن مراده بهذا كتاب الشهادة فيكون موافقًا للجمهور لا لكلام ابْن كَجٍّ، وأما الشيخ أبو حامد فالذي رأيته في «تعليقه» و«مجموع» الْمحَامِلِيّ، وهو مختصرها أنه لا أثر لطرآن فسقه بعد الحكم، وإن كان قبل الوصول إلى المكتوب، وهذا منطبق على إيراد أصحاب الشيخ أبي حامد وأتباعهم، والظاهر أنه صواب النقل، ويتعين حمل كلام «الشامل» على ما سبق أو على الثبوت المجرد إذا لم يجعله حكمًا ولم يبقَ إلا ما حكاه عن إطلاق ابْن كَجٍّ، فإن لم يؤول فهو وجه شاذ.

ومنها: الأحوط إذا كتب إلى قاضٍ معين أن يقول: وإلى من يبلغه من قضاة المسلمين؛ ليأمن الوقع في الخلاف عند موت المكتوب إليه أو عزله وغير ذلك، وسبق أنهما لو شهدا عند غير المكتوب إليه وهو حي باقٍ على عمله جاز، وكذا لو ولي المكتوب إليه موضعًا آخر فحمل الكتاب إليه.

قال القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي: وفي «تعليق» الْبَغَوِي ما

....

معناه: أنه لو آثر شهود الكتاب المنجز من حاكم حلب مثلًا إلى حاكم مصر المقام بدمشق أو العود إلى حلب أو قالوا: لا يصحبك إلا بجعل، يجوز لهما ذلك ثم المدعي بالخيار بين أن يشهد على شهادتهم جماعة يصحبونه إلى مصر ويشهدون له عند قاضيها، وليس لهم أن يقولوا: لا تشهد على شهادتنا إلا بجعل، وبين أن يثبت ذلك الحكم عند قاضي دمشق وينجز كتابه إلى قاضي مصر.

قال: وكذا لو استقبله الخصم في الطريق له أن يبعث ذلك في مجلس كل قاضٍ أمكنه.

وفي «التهذيب» و«تعليق» صاحبه أنهم لو أرادوا المقام في موضع ليس فيه قاضٍ ولا شهود ليس لهم ذلك، بل عليهم المضي إلى موضع فيه قاضٍ أو شهود وأنهم الأجرة في هذه الحالة فليس لهم إلا نفقتهم وكري دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب حيث لا يكلفون الخروج والقناعة؛ لأن هناك يمكن إشهاد غيرهم وهاهنا حامل الكتاب مضطر إليهم، انتهى.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لو مات القاضي الكاتب أو عزل وولي غيره فرفع إليه كتاب الذي قبله فهل يعمل به؟

قال: في «الْحَاوِي» و«الْبَحْر»: إن تضمن كتابه سماع البينة دون الحكم بقبولها فلا بدّ للثاني من استئناف الشهادة، ولا يجوز له أن يحكم بقولها بسماع الأول، وأن يضمن السماع والحكم بقبولها وإلزام الحق الذي يضمنها عمل به الثاني وبعده وأن يضمن السماع والحكم بقبولها دون الحكم بإلزام ما تضمنها، فإن كان من شهد عنده حيًّا موجودًا لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول ليحكم بالإلزام بحكم الأول بالقبول؛ لأنه تعذر القدرة على شهود الأصل ينتج الحكم بشهادة الفرع.

قال: وينبغي أن يتخرج هذا على ما لو ثبت عند القاضي حق ولم يحكم به فعزل ثم ولي هل يسوغ له أن يحكم به أم لا؟

....

وما قاله الإمام وغيره أنه إذا أقيمت بينة في مجلس القاضي، فغاب قبل القضاء بها عن عمله، ثم عاد فهل يبنى القضاء على البينة أم يستعيدها؟

وجهان: أصحهما: لا، وثانيهما: نعم، كما لو عزل وولي ثانيًا فإنه لا خلاف أنه يستعيدها، ولعله محمول على حالة وجود الشهود كما يرشد إليه قوة الكلام، أو محمول على سماع البينة دون الحكم بقبولها، وإليه يرشد التصوير على أن الإمام قال: إن في المسألة احتمالًا، وقد حكاه الْبَغَوِي في كتاب «القسامة» وجهًا: أنه إذا ولي المعزول ثانيًا لا يستأنف البينة، فإن قلت ما ذكره المَاوَرْدِي يظهر أنه مفرع على ما حكي عن عامة الأصحاب من أن سماع البينة من القاضي سبيله نقل شاهد الفرع شهادة شاهد الأصل، أما إذا قلنا سبيله سبيل الحكم بقيام البينة كما رآه الإمام الأظهر، فيظهر أن يقال: هاهنا: أن للثاني أن يحكم وإن كان من شهد عند الموت أو المعزول حاضرًا كما ينقل هو بنفسه ذلك إليه، قلت: وكلام الإمام المتقدم يأباه بل هو مصرح بنفيه لكن النص الذي وعدت به ثم لا يأباه بل مصرح به، انتهى.

ومنها: قال الرَّافِعِي في «الوسيط»: إن القاضي إذا حكم بالحق وشافه واليًا غير القاضي ليستوفي فله أن يستوفي في محل ولايته القضاء وكذا خارجة على الصحيح؛ لأن سماع الوالي مشافهة كشهادة الشهود عند القاضي.

قال: ولا يكاتب القاضي واليًا غير القاضي؛ لأن الكتاب إنما يثبت بشهادة الشهود ومنصب سماع البينة يختص بالقضاء، وليحمل هذا على الوالي الذي لا يصلح للقضاء والذي لم يفوض إليه الإمام نظر القضاة، وإن كان صالحًا أما الصالح الذي مكن من النظر بنفسه ومن تقليد من يراه، فإنه يجوز للقاضي مكاتبته كما يجوز مكاتبة الإمام الأعظم، نص عليه في «المختصر» انتهى.

قلت: وفي «النهاية» أنه لا يصح المكاتبة بالحكم المبرم إلى غير قائم بالقضاء حتى لو [كان][1] ذا ولاية وليس إليه القضاء فلا يملك استيفاء الحق

(١) في نسخة: (كانت).

....

من حيث إنه لا يتوصل إلى سماع الشهادة فلو وقف القاضي في شرقي بغداد على طرف ولايته ونادى والي الجانب الغربي وليس قاضيًا بـ : إني قضيت على فلان ببينة أو إقرار فاستوف ذلك الحق منه، فالوجه عندنا ألّا يستوفي أيضًا فإنه ليس إليه سماع قول القاضي كما ليس له سماع شهادة الشهود، ويتجه أن يستوفيه من جهة أن القضاة قد يستعينون بالولاة المرتبين لاستيفاء الحقوق من الممتنعين، ولا خلاف أن القاضي في محل ولايته لو استعان بالوالي في محل ولايته فحتم على الوالي أن يطيعه ويتبعه وحكمه نافذ على الوالي، وإذا كان الوالي في غير محل ولايته فلا حكم له عليه وإنما هو إسماع وإبلاغ، وذلك الوالي ليس من أهل السماع، والمسألة على الجملة محتملة، انتهى.

وسيأتي عن «الْحَاوِي» قصر كتاب القاضي إلى الأمراء على الحكم المبرم فقط، ولفظ «المختصر»: وكتاب القاضي إلى الخليفة، والخليفة إلى القاضي، والقاضي إلى الأمير، ولفظ «الأم»: وكتاب القاضي إلى الأمير، والأمير إلى القاضي، والخليفة إلى القاضي سواء لا تقبل إلا ببينة كما وصفت من كتاب القاضي إلى القاضي، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي بعد ذكره نص «المختصر»: وهذا صحيح وجميع هذه الكتب إذا تعلقت بأحكام وحقوق لم تثبت إلا بالشهادة في التحمل والأداء، ثم حكى خلافًا خارجًا عن المذهب في الفرق بيَّنته في «الْغَنِيَّة».

ومنها: في «الْحَاوِي»: إن من شرط عمل القاضي المكتوب إليه بكتاب القاضي الكاتب أن يكون الثاني عالمًا بصحة ولاية الأول، وأن يكون عالمًا بصحة أحكامه وكمال عدالته، وأن يعلم صحة كتابه فيما تضمنه من حكمه، وتابعه في «الْبَحْر» ولم أر لغيره كلامًا في ذلك، وهو ظاهر لكن تجويز الجمهور الكتاب المطلق والي معين، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين قد ينازعه؛ لأن من المعلوم أن غالب قضاة البلاد المتنائية لا يعرف بعضهم من حال بعض شيئًا ألبتة، وحينئذ قد يتعذر العمل بالكتاب في كثير من الأحوال فتأمله فإنه من المهمات.

....

ولكن عدم اعتبار ما ذكره بعيد وإن أشعر به إطلاق الجمهور، وقد توجه بأن الظاهر صحة الولاية وهذا غير مقنع، لا سيما في هذه الأعصار وأكثر الأمصار، فإن قلت: قد يعدله شهود الكتاب ويشهدون بما اعتبره المَاوَرْدِي، قلت: هذا جيد إن كان شهود الكتاب أهل الشهادة بذلك على نظر فيه في الكتاب الحكمي.

ومنها: من عليه دين في الظاهر لغائب، ولم يطالبه به وله حجة على الإبراء فأراد إقامتها هل له ذلك؟

وفي كتاب اللعان من «التتمة» ما يقتضي الجزم بالسماع كما قاله ابن الرِّفْعَة، والمذكور في «الْحَاوِي» هنا عدم السماع وطرده فيما إذا ادعى القبض أو ادعى أنه اشترى شقصًا مشفوعًا وأراد إقامة البينة على العفو عن الشفعة، أو ادعى أنه اشترى شيئًا وأراد إقامة البينة على إقباض الثمن، أو ادَّعت امرأة أن زوجها طلقها وأنها لا تأمن أن يتعرض لها وأرادت إقامة بينة بذلك ولذلك لو ادعت ذلك والزوج حاضر ولم يخالطها، وحكى وجهين في السماع إذا كان الزوج غائبًا وأرادت الخروج إلى موضعه.

وذكر القاضي الحسين في «الفتاوى»: إن الحيلة فيما إذا أراد أن يقيم البينة على البراءة قبل الدعوى أنه ينصب مسخرًا ويدعي على من عليه الدين بـ: إن لي على فلان كذا فمره بتسليمه إلي، فيدَّعي المدين الإبراء منه، ويقيم البينة عليه فإن القاضي يسمعها ويكتب له إلى قاضي بلد رب الدين بسماع البينة أو الحكم إن كان قد حكم، انتهى.

لكن في جواز مثل هذه الدعوى الكاذبة من المسخر نظر سبق.

وذكرنا أول الباب في «الْغَنِيَّة» الوجهين المحكيين عن «الْحَاوِي» في الصورة المذكورة وغيرها عن رواية الإصطخري.

وعن «فتاوى الْقَفَّال» في دعوى الإبراء وغيره والمكاتبة به فراجعه ففيه فوائد.

....

ومنها: لو كان له بينة بدين على غائب مجهول المكان ولا نية له في الخروج في طلبه، أو كان المدين أسيرًا بدار الحرب ولا مال له بدارنا فأراد رب الدين أن يثبت القاضي دينه عليه بلا حكم أو يحكم رجاء عوده هل يلزم الحاكم إجابته أو يجوز له ذلك ولا يجب أو لا تصح دعواه لعدم الفائدة في الحال، أو يجري الخلاف في الدعوى بالدين المؤجل؟

لم أرَ في ذلك شيئًا لكن الوجوب بعيد في الجواز محتمل، ويقرب من هذا لو كان له دين على معسر منكر معلوم الإعسار باعتراف رب الدين أو ببينته، وأراد إثبات الدين بالبينة هل يجاب؟ وجه المنع أن الدعوى غير ملزمة في الحال وخوف موت الشهود أو غيبتهم يندفع بأن يظاهر على شهادتهم، والإصغاء إلى الدعوى مع ثبوت الإعسار بعيد والعلم عند الله.

ومنها: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه إذا حكم حاكم عليه بدين وحبسه وغاب المدعي فوكَّل المحبوس رجلًا فأقام شهودًا بأنه أبرأه منه وحكم حاكم ذلك البلد بالإبراء وكتب إلى هذا الحاكم ليطلق عنه صح ويلزمه إطلاقه.

ومنها: قال المَاوَرْدِي: إذا حكم بحق حاضر في عين منقولة أو غير منقولة، فسأل المحكوم له القاضي أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا بِاسْتِحْقَاقِ الْمِلْكِ الْحَاضِرِ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ المحكومُ بِهَا مَنْقُولَةً لَمْ يُكْتَبْ بِهَا لِانْبِرَامِ الْحُكْمِ بِهَا، وَانْقِطَاعِ الْعَلَقِ فِيهَا، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَنْقُولَةٍ كَالْعَقَارِ أَجَابَهُ إِلَيْهِ وَكَتَبَ لَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ قَدِ انْبَرَمَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ عَنْ ذَلِكَ أُجْرَةً يُطَالِبُ بِهَا الْمحكُومَ عَلَيْهِ، انتهى.

قلت: وقد يستحق للمنقول أجرة أيضًا فيطالب بها، والله أعلم.

خاتمة: جعل المَاوَرْدِي كتاب القاضي على أربعة أقسام:

الأول: كتابه إلى قاضٍ آخر، وقد ذكرناه.

والثاني: مُكَاتَبَةِ الْقَاضِي لِلْأَمِيرِ.

قال: فَهِيَ مَقْصُورَةٌ عَلَى مُكَاتَبَةِ أَمِيرِ الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْخَصْمُ المطلُوبُ، أَوِ

....

الْمِلكُ الْمَحْكُومُ بِهِ، دُونَ غَيْرِهِ مِنَ الْأُمَرَاءِ، وَلَا يَكْتُبُ إِلَيْهِ إِلَّا بِمَا حَكَمَ بِهِ، وَأَمْضَاهُ، لِيَكُونَ الْأَمِيرُ مُسْتَوْفِيًا لَهُ وَلَا يَكُونُ حَاكِمًا بِهِ؛ لِأَنَّ الْحماةَ وَالْأُمَرَاءَ أَعْوَانٌ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْحُقُوقِ، وَلَيْسُوا بِحُكَّامٍ فِيهَا، بِخِلَافِ الْقُضَاةِ الْمندُوبِينَ لِلِاسْتِيفَاءِ وَالْأَحْكَامِ، وحينئذ فَمُكَاتَبَةُ الْقَاضِي لِلْأَمِيرِ مَقْصُورَةٌ عَلَى أَحَدِ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِمَا حَكَمَ بِهِ مِنْ مِلْكِ الطَّالِبِ فِي بَلَدِهِ، لِيُمَكِّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَيَرْفَعُ عَنْهُ يَدَ مَنْ سُوَاهُ، فَهَذَا يَجُوزُ إِذَا أَمِنَ عُدْوَانَ الْأَمِيرِ، فَلَوْ كَانَ لِبَلَدِ الْملكِ أَمِيرٌ، وَقَاضٍ، كَانَتْ مُكَاتَبَةُ الْأَمِيرِ بِذَلِكَ أَوْلَى مِنْ مُكَاتَبَةِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ بِالْيَدِ أَخَصُّ، مَا لَمْ يُعَارِضْهُ الْقَاضِي فِيهِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِمَا حَكَمَ بِهِ عَلَى الْخَصْمِ الْمطلُوبِ، لِيَسْتَوْفِيَهُ لِلطَّالِبِ، فَهَذَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ بِهِ الْأَمِيرَ، فَلَوْ كَانَ لِبَلَدِ هَذَا الْمَطْلُوبِ أَمِيرٌ وَقَاضٍ، كَانَتْ مُكَاتَبَةُ الْقَاضِي بِذَلِكَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ بِإِلْزَامِ الْحُقُوقِ أَخَصُّ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِإِحْضَارِ الْمطلُوبِ إِلَيْهِ، فَهَذَا مُعْتَبَرٌ بِوِلَايَةِ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ بَلَدُ الْأَمِيرِ دَاخِلًا فِي وِلَايَتِهِ جَازَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِإِحْضَارِ الْمطلُوبِ وَلَزِمَ الْأَمِيرَ إِنْفَاذُهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنْ وِلَايَتِهِ لَمْ يَجُزْ لِلْقَاضِي أَنْ يَكْتُبَ [إِلَى الْأَمِيرِ] بِإِحْضَارِهِ، وَلَمْ يَجُزْ لِلْأَمِيرِ أَنْ يُنَفِّذَهُ إِلَيْهِ.

قلت: وفي إطلاقه لزوم إيفاده إذا كان في محل ولايته نظر يعرف بما سيأتي إن شاء الله في الكلام على الأعداء.

القسم الثالث: فِي مُكَاتَبَةِ الْقَاضِي لِلشُّهُودِ، فَلَيْسَ لِلشُّهُودِ تَنْفِيذُ حُكْمٍ وَلَا اسْتِيفَاءُ حَقٍّ، وَإِنَّمَا هُوَ وَثَائِقُ فِيمَا يَتَحَمَّلُونَهُ مِنَ الْحُقُوقِ لِيَشْهَدُوا بِهَا لِمُسْتَحِقِّيهَا عِنْدَ مُسْتَوْفِيهَا. وحينئذ للقاضي في مكاتبتهم ثلاثة أحوال:

أَحَدُهَا: أَنْ يُكَاتِبَهُمْ بِتَنْفِيذِ الْحُكْمِ، فَهَذَا مِنْهُ اسْتِخْلَافٌ لَهُمْ عَلَى الْحُكْمِ، وَهُوَ اسْتِئْنَافُ وِلَايَةٍ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ:

الأول: أَنْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

....

وَ**الثَّانِي**: أَنْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مِنْهُمْ لَمْ يَجُزْ.

وَ**الثَّالِثُ**: أَنْ يَذْكُرَ لَفْظَ التَّقْلِيدِ فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ لَمْ يَجُزْ وَيَصِيرُ هَذَا تَقْلِيدًا خَاصًّا فِي هَذَا الْحُكْمِ دُونَ غَيْرِهِ عَلَى اجْتِمَاعٍ فِيهِ، وَلَا يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمْ.

وثانيها: أَنْ يُكَاتِبَهُمْ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ: فَجَوَازُ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونُوا مِنْ عَمَلِهِ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْمطلُوبُ فِي عَمَلِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

قلت: وفي «النهاية»: فإن قيل لو كتب القاضي بعد إبرام القضاء إلى واحد من عرض الناس في البلدة التي بها الخصم يأمره باستيفاء الحق المستحق، قلنا: هذا غفلة من القواعد فإن هذا لا يتأتى إلا بسماع شهادة شهود الكتاب، وهذا لا يصح إلا من قائم بالقضاء حتى لو كانت له ولاية وليس له القضاء فلا يملك استيفاء الحق، انتهى.

ولعل مراده ما إذا كان المكتوب إليه من غير عمله ولم يتعرض لاستخلافه فلا يكون مخالفًا لكلام المَاوَرْدِي.

وثالثها: أَنْ يُكَاتِبَهُمْ إِشْهَادًا لَهُمْ عَلَى حُكْمِهِ، لِيَكُونُوا وَثِيقَةً لِلطَّالِبِ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهُ إِنْفَاذَ حُكْمِهِ لَهُ، فَجَرَى هَذَا مَجْرَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَيَصِحُّ أَنْ يُكَاتِبَهُمْ بِهِ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ عَمَلِهِ وَيَصِحُّ أَنْ يَتَحَمَّلُوهُ عَنْهُ إِذَا أَشْهَدَهُمْ شُهُودُ الْمتَحَمِّلِينَ لِلْكِتَابِ، وَيَصِحُّ أَنْ يُؤَدُّوا ذَلِكَ إِذَا تَعَذَّرَ ثُبُوتُهُ بِمَنْ تَحَمَّلُوا ذَلِكَ عَنْهُ وَهُوَ الْقَاضِي أَوْ شُهُودُ الكِتَابِ كَمَا نَقُولُهُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ.

القسم الرابع: مُكَاتَبَةِ الْمحكُوم عَلَيْهِ القاضي، فَالْكِتَابُ إِلَيْهِ إِلْزَامٌ لَهُ وَحُكْمٌ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ عَمَلِهِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ إِذَا كَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَلْتَزِمَ كِتَابَهُ وَلَا يَقْبَلُهُ؛ لِأَنَّهُ فِي طَاعَةِ غَيْرِهِ مِنَ الْقُضَاةِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ جَازَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ، وَلَزِمَهُ إِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَهُ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَزِمٌ لِطَاعَتِهِ، فَإِنْ خَرَجَ إِلَى الطَّالِبِ مِنْ حَقِّهِ وَإِلَّا لَزِمَهُ الْمصِيرُ مَعَ الطَّالِبِ إِلَى

قال المصنف: [فَصْلٌ]: ادَّعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنْ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي

الْقَاضِي إذَا دَعَاهُ إلَيْهِ إنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةٍ أَقَلَّ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا لَمْ يَلْزَمْهُ الْحُضُورُ إلَّا بِالِاسْتِحْضَارِ، انتهى وسيأتي بيان هذا الكلام الأخير في مسائل الأعداء إن شاء الله تعالى وأسأله التوفيق.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

ادَّعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنْ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إلَى قَاضِي بَلَدِ الْمالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي) أي: كما تسمع البينة ويحكم بها على الغائب ولم يذكرا في هذا خلافًا.

وقضية كلام المَاوَرْدِي أن التفصيل طريقة ضعيفة في العبد والفرس ونحوهما وإطلاق كثيرين يوافقه.

قال المَاوَرْدِي: وأما غير المنقول كالضياع والعقار فالحكم على الغائب لا يكون إلا بالبينة، فإن ثبت عدالة شهودها حكم بثبوتها وكتب بذلك إلى قاضي بلد الملك المستحق، وإن لم يعدلوا عنده وكانوا غرباء، وذكر الطالب أن له بينة بتزكيتهم يقيمها عند قاضي بلدهم فينظر إن كان الشهود من بلد الملك وهم على العود إليه لم يسمع شهادتهم، وإن سمعها لم يكتب بها، وقال: للطالب: اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم وبلد ملكك ليشهدوا عنده بما يشهدوا به عندي، فإن كتب القضاة مختصة بما لا يمكن ثبوته بغيرها وثبوت هذا بالشهادة ممكن فلم يحكم فيه بالمكاتبة كالشهادة على الشهادة لا يحكم بها مع القدرة على شهود الأصل، وإن كانوا من بلد الملك وَلَا يُرِيدُونَ الْعَوْدَ إلَيْهِ، وَالبَيِّنَةُ بِتَعْدِيلِهِمْ فِيهِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ عِنْدَهُ إلَى قَاضِي بَلَدِ الملك فَيَصِيرُ التَّعْدِيلُ وَالْحُكْمُ مُخْتَصًّا بِالْقَاضِي الْمكتُوبِ إلَيْهِ، وَيَكُونُ كِتَابُ الْقَاضِي الْأَوَّلِ مَقْصُورًا عَلَى نَقْلِ الشَّهَادَةِ، وَلَا وَجهَ لِمُكَاتَبَةِ الثَّانِي بِالتَّعْدِيلِ لِيَتَوَلَّى الْأَوَّلُ الْحُكْمَ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ قَادِرٌ عَلَى تَنْفِيذِ الْحُكْمِ فَلَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إلَى الْأَوَّلِ، وإن كان الشهود من غير

وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ، أَوْ لَا يُؤْمَنُ ....

بلد الملك جاز للقاضي بَعْدَ سَمَاعِ شَهَادَتِهِمْ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِهِمْ، وَيَسْأَلَهُ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، فَإِنْ عَرَفَهَا كَتَبَ بِهَا إِلَى الْقَاضِي الْأَوَّلِ، لِيَتَوَلَّى الْحُكْمَ بِشَهَادَتِهِم، وهذا التفصيل قدمناه عنه وهذا موضعه.

ولا فرق في مسائل الفصل بين حضور المدَّعى عليه وغيبته، وإنما ذكر هنا لمناسبة الحكم على الغائب، وسبق قول المَاوَرْدِي أن مكاتبة الأمير بهذا أولى من مكاتبة القاضي إذا أمن جوره ما لم يعارضه القاضي، وقول: معروفات، غلب فيه ما لا يعقل على من يعقل والقاعدة العكس فيقال: «معروفين».

وكذا قاله في «المحرر» و«الشرحين» و«الرَّوْضَة».

قال: (**وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ**) أي: ليتميز وموضعه كما قاله «المحرر» وعبارة «الشرحين» و«الرَّوْضَة»: ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود، قالا: وينبغي أن يتعرض للحدود الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدين أو ثلاثة كذا أورده ابن القاص في «أدب القاضي».

قلت: وفي «فتاوى» الْقَفَّال أنها إذا صارت معروفة بثلاثة حدود جاز الاقتصار على ذكرها.

وفي دعاوى «الْحَاوِي» أنه لا يكفي ذكر ثلاثة حدود، وقال في البيوع: في الاكتفاء بذكر ثلاثة حدود وجهان، وهذا في الدار المجهولة عند الحاكم أمَّا لو كانت مشهورة باسم ينفرد به كدار الندوة بمكة ميَّزها بذكر الاسم كذا قاله المَاوَرْدِي.

قال ابن الرِّفْعَة: وكلام القاضي الحسين يقتضي أن محل اشتراط ذكر الحدود الأربعة إذا لم يحصل العلم إلا بها فإنه قال: وذكر الحدود الأربعة ليس بشرط حتى لو كان يصير معلومًا بذكر حد أو حدين يكتفي به، وسنعيد هذا مع زيادات في الدعاوى إن شاء الله تعالى، ولا يجب التعرض للقيمة في هذا القسم على الأصح لحصول التمييز والتعريف بدون ذلك.

قال: (**أَوْ لَا يُؤْمَنُ**) أي: اشتباهه كغير المعروف فما مثل به ونحوه.

فَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ، وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيمَةَ، وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا

(فَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ) أي: كما تسمع على الشخص الغائب اعتمادًا على الصفة؛ ولأنه يحتاج إليه كالعقار والثاني لا لكثرة الاشتباه هكذا نقلا الخلاف قولين إلا في «الشرح الصغير» فحكاه في وجهين.

قال: **(وَيُبَالِغُ الْمدَّعِي فِي الْوَصْفِ)** أي: بما يمكن من الاستقصاء، وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ قولان:

أحدهما: لتعرض الأوصاف المعتبرة للسلم فيه.

والثاني: يتعرض للقيمة ويكفي عن ذكر الصفات، وينافي أن الصحيح أن الركن في تعريف المثليات ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب، والركن في المتقومات ذكر القيمة وذكر الصفات مستحب، قيل: وبه جزم المصنف وكلامه محتمل.

والظاهر أن الرَّافِعِي في «المحرر» تبع الغزالي وإمامه في اعتبار المبالغة في الأوصاف، ولفظ الإمام: إن حكمنا بسماع البينة فعمادها غاية الوصف، وينبغي أن ينتهي إلى مبلغ يحصل التمييز به ويبعد التوافق معه وذلك في الغالب يحصل بنهاية الوصف وذكر الشامة والعلامة إن كان عظيم الغنى في ذلك، ولا يرى الاكتفاء بذكر صفات السلم والمدعي عين بخلاف الدين.

وعبارة «الْبَسِيط»: ولا بدّ من الاستقصاء في الإعلام على حد الإمكان، ثم فرقا بين المبالغة هنا وفي السلم بفرق واضح، وفي «الْحَاوِي»: إن الاقتصار على ذكر صفات السلم إنما يكون في المثليات، أمَّا في غيرها كالثياب والعبيد فيلزم أن يستوفي جميع أوصافه.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ما في «النهاية» وما ذكراه منطبق على ما شرطاه في وصف المدعى عليه الغائب من ذكر النسب والصيغة والقبيلة وغيرها وتبعهما الرَّافِعِي عليه.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا)** أي: بالبينة المقامة بصفة المدعي؛ لأن الحكم بما وصفته مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد، والثاني: يحكم بالعقار، وقيل:

....

لا يحكم قطعًا، وإنما القولان في سماع البينة والإنهاء وهي ما في «العمد» والحاصل ثلاثة أقوال: لا تسمع البينة ولا يحكم عكسه تسمع ولا يحكم هذه طريقة عامة الأصحاب وطردوها في جميع المنقولات التي لا تعرف.

وقال الإمام والغزالي: ما لا يؤمن فيه الاشتباه ضربان أحدهما ما يمكن تعريفه وتمييزه بالصفات والحلي كالرقيق والدواب وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس وجعلا الضرب الأول على الأقوال الثلاثة وقطعا في الكرباس ونحوه بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين، هذا ما رواه الرَّافِعِي والمصنف، ويشبه أن بعض الرقيق وبعض الحيوان وهو ما يكثر أشباهه كالسودان من الرقيق والمعز كالكرباس ونحوه.

تنبيهات: منها: أطلق كثيرون حكاية الخلاف في الحكم بالعين المنقولة الغائبة بالصفات من غير فرق بين المعروفة والمجهولة، وفصَّل كثيرون كما ذكره المصنف بأن كان المدعى به مشهورًا كعبد مشهور معروف من عبيد السلطان أو دابة كذلك أو ثوب مشهور لا نظير له كما قاله الْبَنْدَنِيجِي سمعت البينة وحكم بها كالعقار، وجرى عليه الرَّافِعِي.

وقال المَاوَرْدِي في الحكم بشهادتهم بالصفة وذكرها قولين، ثم قال: بعد التوجيه والترجيح: وَخَرَّجَ ابْنُ سُرَيْجٍ مِنْ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ وَجْهًا ثَالِثًا، فَقال: إِنْ كَانَ هَذَا الْعَبْدُ الْمدَّعِي فِي عَيْنِهِ يَخْتَصُّ بِوَصْفٍ يَنْدُرُ وَجُودُهُ فِي غَيْرِهِ كَشَامَةٍ فِي مَوْضِعٍ مِنْ جَسَدِهِ أَوْ إِصْبَعٍ زَائِدَةٍ فِي مَوْضِعٍ مِنْ يَدِهِ، أَوْ كَانَ مَشْهُورًا مِنْ عَبِيدِ السُّلْطَانِ لَا يَشْرَكُهُ غَيْرُهُ فِي اسْمِهِ وَمَنْزِلَتِهِ وَصِفَتِهِ جَازَ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمْ [مَعَ غَيْبَتِهِ] وَإِنْ شَابَهَ عُمومَ النَّاسِ فِي صِفَتِهِ وَنَعْتِهِ لَمْ يُحْكَمْ فِيهِ بِالشَّهَادَةِ إِلَّا مَعَ التَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ، وَأَجْرَى ذَلِكَ مَجْرَى الْأَنْسَابِ فِيمَنْ غَابَ إِذَا رُفِعَتْ حَتَّى [تَرَاخَتْ][1] وَزَالَ الِاشْتِرَاكُ فِيهَا حُكِمَ فِيهَا بِالشَّهَادَةِ، [وَإِنْ قَرُبَتْ حَتَّى اشْتَبَهَ الِاشْتِرَاكُ فِيهَا لَمْ يُحْكَمْ بِالشَّهَادَةِ إِلَّا مَعَ التَّعْيِينِ] وَلِهَذَا التَّخْرِيجِ وَجْهٌ لَكِنَّهُ

(١) في نسخة: (تأخرت).

....

نَادِرٌ، وَإِطْلَاقُ الْقَوْلِ يَكُونُ عَلَى الْأَعَمِّ الْأَغْلَبِ، انتهى بلفظه.

فحصل في الحكم بما يؤمر أشباهه من الأعيان المنقولة الغائبة طريقان: أصحهما: القطع بالحكم صرح به كثيرون، واقتضاه تعليل آخرين ممن أطلق حكاية الخلاف، والثاني: أنه على الخلاف لندرته ويعضد إطلاق الشَّافِعِي.

ومنها: سبق أنه يعتمد في العقار حدوده بما فيه، وعبارة الإمام: فإن كان المدعي عقارًا فقد أجمع الأصحاب على تصحيح الدعوى، ثم شرطوا المبالغة في الوصف وذلك هين في العقار وهو يذكر المحلة من البلد والسكة منها، وذكر موضع الدار من السكة وأنها الدار الأولى أو غيرها على يمين الداخل أو يساره أو في صدر السكة إن لم تكن نافذة ثم التعرض للحدود وينهي الأمر إلى غاية تفيد اليقين في التعيين، انتهى.

وقضية كلامه اشتراط التعرض لكل ما ذكره وهو غريب.

ومنها: قضية كلام الشيخين وغيرهما: إنه لا فرق في العقار المقضي به بين أن يكون في محل ولاية القاضي الكاتب أو في غيرها وبهذا المقضي صرح الإمام والغزالي.

قال الإمام: فإن قيل: كيف يقضي بنفقة ليست في محل بولايته؟

قلنا: هذه غفلة عن القضاء فلئن كان يقضي على رجل ليس في محل ولايته فيقضي بنفقة ليست في محل ولايته، وعن هذا قال: العلماء بحقائق القضاء: قاضٍ في قرية ينفذ قضاؤه في بقاع الدنيا في دائرة الآفاق ويقضي على أهل الدنيا، ثم إذا ساغ القضاء على غائب فالقضاء بالدار الغائبة قضاء على الغائب والدار مقضي بها، ثم سر هذا الفصل أن الكتاب إذا انتهى إلى البلدة التي بها العقار فالغالب أن الشهود على الدار لا يصحبون الكتاب، وإنما يصحبه شهود الكاتب، فإن قال: الخصم: لا تزيلوا يدي عن غير إشارة إلى الدار، قلنا: تعين التعيين كالإشارة فكاد الشهود على بعد الدار أشاروا إلى الدار وهذا واضح بيِّن، انتهى.

....

وكنت أرى ما ذكره تفريعًا منه في العقار مطلقًا ثم رأيته بعد قال: إنه لا خلاف فيه، ثم رأيت في «روضة الحكام» لشريح الرُّويَانِي في باب التقاء القاضيين ما لفظه: وهل يجوز للحاكم أن يحكم بقطعة أرض في غير موضع عمله؟ فيه قولان.

وقال في باب الحكم فيما ليس في موضع عمله: وإذا كانت الدعوى في منقول أو عقار في غير موضع عمل الحاكم ففيه قولان:

أحدهما: يقضي بالاسم والصفة ويكتب كتابًا إلى قاضي بلد الشيء كما يحكم على الغائب، فإذا ورد على القاضي وقبله استحلفه إذا أحضره العين بالله أن هذا حقك الذي شهد لك به شهودك عند القاضي فلان.

والثاني: إن الأول لا يحكم بما يثبت عنده ولا يقبل فيه كتاب القاضي حتى يأتي الشهود فيشهدوا على غيبته، انتهى.

ويجوز ألا يكون ما ذكره أولًا في قطعة الأرض من القولين مخالفًا لما ذكرناه في الدار ونحوها من العقار، وظني أني رأيتهما لغيره ولعل محلهما في قطعة الأرض بمزارع لا يؤمن أشباهها بغيرها؛ لكثرة أمثالها في الصفات والحدود هناك، وقد يشير إليه قول «الْبَسِيط» في تعليل سماع الدعوى بعد غائب ونحوه أن الحيوان على الجملة يتميز بعلامات، فإن فرض استهام فقد يفرض ذلك في أراضي القرى، انتهى.

على أن كلام الشيخين يفهم الفرق بين العقار المعروف وغيره في جريان الخلاف، ثم رأيت الدَّارِمِي قال: إن ثبت عنده على غائب حق غيره متعلق بعين كتب فيه، وإن تعلق بعين في بلد المكتوب إليه بعبد أو عقار أو عرض.

قال: ابن القاص والطبري: فقولان: أحدهما وساق كلام شُرَيْح، الثاني بنحو لفظه: وقضية ذلك التسوية بين العقار والمنقول مطلقًا من غير فرق بين عقار وعقار.

فائدة مهمة: رأيت تعجيلها وضمنا فوائد تتعلق بما سبق.

بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ، ....

قال: القاضي شُرَيْح الرُّويَانِي في باب الحد والتعيين: ليس للشاهد أن يشهد بالملك إلا أن يكون قد رآه وعرفه بعينه، ويجوز على الإقرار إذا ذكر الحدود أو اللقب على وجه يمتاز عن غيره، فإن قال: الشاهد أقر بهذه الأرض، فلا بدّ أن يعرفها، وإن قال: الشاهد إن يعرف عين هذه الأرض ومنتهاها ولكن لا يمكننا تسمية الحدود، قبلت الشهادة ولم يحكم بها حتى يبعث بعد قبول شهادتهما معهما أمينًا حتى يعينا الأرض التي شهدا بها، وإن كانت الدار المدعاة مشهورة كدار الزبير بالبصرة ودار القطن ببغداد ودار عمرو بن الحرث بالكوفة سمع الشهادة وحكم بها، وإن شهدا بدار وذكرا حدودها وقالا: رأيناها، وقال: المشهود عليه: لم يرياها قط، فالقول قولهما، فإن سأل المشهود عليه أن يبعثهما القاضي مع أمين حتى يعيناها ويقولا: هذه الدار التي شهدنا بها إجابة إلى ذلك، فإن امتنعا وقالا: نعرفها ولا نحضرها لم يجبرا على ذلك.

وقال: بعض أصحابنا: إن استبرأ بهما الحاكم بعثهما وإلا لم يحكم بشهادتهما، وإن شهدا بأرض وذكرا الحدود ثم بان الخطأ في الحدود فقال الشاهد: أنا أحضر ذلك الموضع وأعين الأرض التي شهدت بها فقد قيل: يسمع ذلك ولا تبطل شهادته بالخطأ، وقيل: تبطل ولا يقبل تعيينه؛ لأنه بشهادته قد بين الأرض التي على تلك الحدود، ولو رجع الشاهد وذكر الحدود بعد ذلك وقال: كنت غلطت في الأول فقد قيل: يقبل، وقيل: لا يقبل، وقيل: إن غلط بحد واحد جاز أن يعيد الشهادة ويذكر الحدود، وإن كان الغلط في أكثر لم يجز، قال: جدي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وفيه نظر، انتهى.

قال: في تتمة التفريع على الأظهر: وهو أنه لا يحكم بالعين المنقولة الغائبة، (**بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ**) أي: القاضي المكتوب إليه.

(**وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ**) أي: لينتفي الريب ويحصل التعين بعدم الغلط.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ بِبَدَنِهِ ....

قال: (وَالْأَظْهَرُ) عبارة «المحرر» و«الشرحين» والأشهر.

(أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمدَّعِي بِكَفِيلٍ) يتكفل (بِبَدَنِهِ) وعبارة «الرَّوْضَة» أظهرهما وأشهرهما وفيه نظر، فإن في «العمد» أن الشَّافِعِي زيف هذا القول للحيلولة بين الرجل وماله.

وقال في «الإبانة»: وزيفه الشَّافِعِي للحيلولة بينه وبين ملكه قبل إقامة البينة؛ لأنا إنما نحكم به تعيين الشهود ذلك، وأشار بذلك إلى قول الشَّافِعِي بعد ذكره هذا القول، ومنعني من القول بهذا أنها إن كانت جارية لا يؤمن أن يطأها المدعي وأنه يؤدي إلى الحيلولة بين المالك وملكه.

والقول الثاني: إن القاضي بعد الانتزاع يبيعه المدعي ويقبض الثمن ويعدله أو يكفله بالثمن كما سيأتي.

قال الرَّافِعِي متصلًا بقوله: ويأخذ منه كفيلًا ببدنه.

وقال أبو الحسن العبادي: يكفله قيمة المال، قال: ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم حتى لو كان المدعي عبدًا فيجعل في عنقه قلادة ويختم عليها، والمقصود من الختم ألا يبدل المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له واحد الكفيل ختم والختم ليس بختم؛ لذلك حكى المتلقي عن أبي بكر الأرغياني الإمام وبهذا جزم في «الرَّوْضَة» بلا نسبة وكلاميهما كلام من لم ير غيره، وفي «النهاية» وما ذكرناه واحد الكفيل احتياط في الواقعة، فلو تركه القاضي المكتوب فيترتب القضاء ونظمه لا يختلف، ولكن اختلف أئمتنا في أن المكتوب إليه هل يكون تاركًا احتياطًا مؤكدًا مأمورًا به من غير إيجاب، وهذا الخلاف أجروه في كفالة البدن وإيجاب كفالة البدن ضعيف.

وعبارة «الْبَسِيط»: والختم احتياط وطلب الكفيل مستحب أم واجب؟ فيه وجهان وظاهر ما في «الوسيط» الوجوب، وهو قضية كلام الْبَغَوِي وغيره ولم يذكر الْفُورَانِي في كتابيه التكفيل، وعبارة إبراهيم المروزي بعد ذكره الختم وسلمه إليه بعدما يأتي بكفيل يتكفل قيمته أو يأخذ منه قيمة العبد، انتهى.

فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ، ....

وعلى هذا القول لو كان المدعي جارية فهل هي كالعبد أو لا يبعث أصلًا أو تسلم إلى أمين في الرفقة لا إلى المدعي أوجه؟

قال الرَّافِعِي: ثالثها أحسنها، زاد في «الرَّوْضَة»: إنه الصحيح أو الصواب، وبه جزم الإمام والغزالي، انتهى.

وقال الشَّافِعِي: التسليم استحسان مخالف للقياس على أن في التسليم إلى الأمين الأجنبي وليس معه امرأة ثقة بعد، ولا سيما مع طول المسافة.

قال: (**فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ**) أي: عند القاضي الكاتب.

(**كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ**) قال الإمام: إذا رفع المدعي العبد الذي شهد به شهوده استعاد القاضي شهادتهم على غير ذلك العبد، فإن شهدوا افتتح القضاء له بالملك فيه ثم تبرأ الكفيل بالبدن.

قالا: المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب سلَّمه إلى المدعي وقد تم الحكم له، ثم يكتب إلى الكفيل.

وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختمًا ثانيًا ويكتب بأني حكمت به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب له ليرده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب ويطلق الكفيل ويسلم العبد إلى المدعي، ثم ذكر القول الثاني المقابل للأظهر في الكتاب أنه بعد الانتزاع يبيعه من المدعي ويقبض الثمن ويضعه عند عدل أو يكفله بالثمن.

وعلى ذكر التكفيل اقتصر الإمام وقال: إنه واجب جزمًا على هذا القول ولا يجري فيه التردد السابق وتبعه الغزالي، وإذا صححنا فإن سلَّم المدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب كتب برد الثمن أو براءة الكفيل وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح ويسلم الثمن إلى المدعى عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة كما بيع الضوال.

وحكى الْفُورَانِي بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال ويأخذ القيمة فيدفعها إلى المدعى عليه للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكًا له.

....

قلت: عبارة «الإبانة» تفهم ذلك حيث قال: ينتزعه من يده ويدفع إليه قيمته ويبعث به إلى القاضي الكاتب حتى إذا ضاع ذلك في الطريق ضاع للمدعي، وعبارة «العمد» عنه: إن القاضي يجبر المدعى عليه أن يسلم العبد إليه بالثمن حتى إذا هلك العبد في الطريق هلك من ماله، انتهى.

فقوله: بالثمن إلى آخره يقتضي موافقة المشهور في الحكاية فلعله أراد في «الإبانة» بالقيمة الثمن كما يقع ذلك في كلام الشَّافِعِي والأصحاب فلا يكون مخالفًا للمشهور، والظاهر أنه إنما أراد في الكتابين أخذ القيمة للحيلولة كما هو ظاهر نص «الأم».

وقضية كلام المَاوَرْدِي الآتي وسبقت عبارة المروزي فيه ثم هذه القيمة مستردة سواء ثبت أن المال للمدعي أو لم يثبت، أما إذا ثبت فظاهر، وأما إذا لم يثبت فلأنَّا أخذناها للحيلولة، فإذا ارتد المال المدعى عليه فلا بدّ من رد القيمة هذا لفظ الرَّافِعِي وما زدناه.

ولم يجعل الْبَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق» المسألة على قولين بل قال: ثم للمكتوب إليه بعدما أتاه الكتاب طريقان: أحدهما: وذكر القول الأظهر في الكتاب وتفريعه، ثم قال: والطريق الثاني وذكر القول الثاني كما أورده الرَّافِعِي، وهذا منه تخيير للقاضي بين الطريقين وأنه لا يتعين عليه سلوك أحدهما، فإن صح كان تخيير اجتهاد لا شهود.

وقال المَاوَرْدِي متصلًا بما تقدم من القولين في الحكم بالموصوف: وتخريج ابن سُرَيْج فإذا قلنا: بأن الحكم لا يجوز إلا مع التعيين نفي جواز سماع البينة والمكاتبة بها قولان: أحدهما: لا تسمع؛ لأنها تراد للحكم، فإذا لم يتعلق بها حكم لم تسمع، ذكره في «أدب القاضي» والثاني نص عليه في كتاب الدعوى: يجوز أن يسمع القاضي الشهادة به ويكتب إلى قاضي البلد الذي فيه العبد المطلوب، فإذا وصفه الكتاب، ثم حكم بالعبد لا أن يغيبه بشهوده.

قال: الشَّافِعِي: وَيُسْتَفَادُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ، وَإِنْ لَمْ يَقَعِ الْحُكْمُ بِهَا إِلَّا مَعَ

....

التَّعْيِينِ مِنَ الْجِهَتَيْنِ أَلَّا يَتَكَلَّفَ الثَّانِي الْكَشْفَ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَلَا يَتَكَلَّفَ الشُّهُودُ إِعَادَةَ شَهَادَتِهِمْ، وَإِنَّمَا يَقْتَصِرُونَ عَلَى الْإِشَارَةِ بِالتَّعْيِينِ، فَيَقُولُونَ: هَذَا هُوَ الْعَبْدُ الَّذِي شَهِدْنَا بِهِ لِفُلَانٍ عِنْدَ الْقَاضِي فُلَانٍ، وَيُسْتَفَادُ بِهَا عِنْدِي فَائِدَةٌ ثَالِثَةٌ: أَنْ يَمُوتَ الْعَبَادُ فَيُسْتَحَقُّ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمطلُوبِ ذِي الْيَدِ قِيمَتُهُ عَلَى نَعْتِهِ وَصِفَتِهِ، وَإِذَا قِيلَ بِالْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحُكْمَ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ مَعَ عَدَمِ التَّعْيِينِ جَائِزٌ أَحْضَرَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ الْعَبْدَ وَصَاحِبَ الْيَدِ وَقال: لَهُ: هَذَا الْعَبْدُ هُوَ الْمَنْعُوتُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِهَا حَكَمَ عَلَيْهِ بِتَسْلِيمِ الْعَبْدِ إِلَى طَالِبِهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَوْصُوفُ الْمَحْكُومُ بِهِ فَقَدِ اخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِهَذَا الْقَوْلِ فِيمَا يُحْكَمُ بِهِ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: حَكَاهُ الشَّافِعِي عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْقَاضِيَ يَخْتِمُ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ، وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الطَّالِبِ الْمَشْهُودِ لَهُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا، وَيُنَفِّذُهُ إِلَى الْقَاضِي الأَوَّلِ لِيَحْضُرَ الشُّهُودُ لِتَعْيِينِهِ، فَإِنْ عَيَّنُوهُ وَأَنَّهُ الْعَبْدُ الَّذِي شَهِدُوا بِهِ لِلطَّالِبِ، حَكَمَ بِهِ لَهُ وَكَتَبَ إِلَى الْقَاضِي الثَّانِي بِاسْتِحْقَاقِ الطَّالِبِ، وَبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِهِ لِلْمَطْلُوبِ بِعَيْنِهِ أَلْزَمَهُ رَدَّهُ عَلَى مَنْ كَانَ فِي يَدِهِ، وَأَخَذَهُ بِنَفَقَةِ عَوْدِهِ وَضَمَانِ نَفْسِهِ إِنْ تَلِفَ.

وَلَوْ كَانَ بَدَلَ هَذَا الْعَبْدِ أَمَةٌ، [فَقَدِ] اخْتَلَفَ مَنْ قال: بِهَذَا فِي إِجْرَائِهَا مَجْرَى الْعَبْدِ، فَمَنَعَ أَبُو يُوسُفَ مِنْ تَسْلِيمِهَا؛ لِأَنَّهَا ذَات فَرْجٍ وَرُبَّمَا كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ لِصَاحِبِ الْيَدِ، وَجَعَلَ هَذَا الْحُكْمَ مَقْصُورًا عَلَى الْعَبْدِ.

وَسَوَّى ابْنُ أَبِي لَيْلَى بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ [في التسليم لكنه أوجب في تسليم الأمة] أَنْ تُضَمَّ إِلَى أَمِينٍ ثِقَةٍ يُحْتَاطُ بِهِ حَذَرًا مِنَ التَّعَرُّضِ لِإِصَابَتِهَا.

قال الشَّافِعِي عِنْدَ حِكَايَةِ هَذَا الْقَوْلِ عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ، وَأَخَذَ بِهَذَا الْقَوْلِ مِنْ أَصْحَابِنَا أَبُو سَعِيدٍ الإصطخري مَذْهَبًا لِنَفْسِهِ، وَلَا يَصِحُّ تَخْرِيجُهُ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِي؛ لِأَنَّهُ يَتْرُكُ الِاسْتِحْسَانَ بِالْقِيَاسِ، وَقَدْ جَعَلَهُ اسْتِحْسَانًا.

....

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: مِنْ مَذَاهِبِ الْقَائِلِينَ بِجَوَازِ الْحُكْمِ بِهِ حَكَاهُ الشَّافِعِي عَنْ بَعْضِ الْحُكَّامِ: أَنْ يُنَادِيَ الْقَاضِي عَلَى الْعَبْدِ فِيمَنْ يَزِيدُ، فَإِذَا انْتَهَى ثَمَنُهُ قال: لِمُدَّعِيهِ: ادْفَعْ ثَمَنَهُ يَكُونُ مَوْضُوعًا عَلَى يَدِ عَدْلٍ وَخُذِ الْعَبْدَ مَعَكَ، فَإِنْ عَيَّنَهُ شُهُودُكَ حَكَمَ بِهِ الْقَاضِي لَكَ، وَكَتَبَ بِرَدِّ الثَّمَنِ عَلَيْكَ، وَإِنْ لَمْ يُعِينُوهُ لَكَ لَزِمَكَ رَدُّهُ وَاسْتِرْجَاعُ ثَمَنِهِ.

وَهَذَا الْقَوْلُ إِنْ أَجَابَ إِلَيْهِ الطَّالِبُ جَازَ الْعَمَلُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُجِبْ إِلَيْهِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ وَالْأَصَحُّ عِنْدِي مِنْ هَذَا كُلِّهِ أَنْ يَقْبَلَ الْقَاضِي الثَّانِي الْكِتَابَ، وَبِحُكْمِ بِوُجُوبِ مَا تَضَمَّنَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَوْصُوفِ فِيهِ، وَيُخَيَّرُ صَاحِبُ الْيَدِ فِي الْعَبْدِ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ:

بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَهُ بِالصِّفَةِ الْمشهُودِ بِهَا إِلَى طَالِبِهِ [فَيَنْبَرِمُ][1] الْحُكْمُ بِهَا.

وَبَيْنَ أَنْ يَمْضِيَ بِالْعَبْدِ مَعَ طَالِبِهِ عَلَى احْتِيَاطٍ مِنْ هَرَبِهِ إِلَى الْقَاضِي الْأَوَّلِ، فَإِنْ عَيَّنَهُ الشُّهُودُ سَلَّمَهُ إِلَى الطَّالِبِ بِحُكْمِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ الشُّهُودُ خَلَّى سَبِيلَ الْعَبْدِ مَعَ صَاحِبِ الْيَدِ.

وَبَيْنَ أَنْ يَعْدِلَ بِالطَّالِبِ إِلَى دَفْعِ الْقِيمَةِ لِلْعَبْدِ الْموصُوفِ دُونَ الْعَبْدِ الَّذِي فِي يَدِهِ، فَأَيُّ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ فَعَلَ صَاحِبُ الْيَدِ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ حَقِّ الطَّالِبِ، وَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ جَمِيعِهَا، وَقَدْ ثَبَتَ اسْتِحْقَاقُ الْعَبْدِ الْموصُوفِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُسْقِطَ شَهَادَةَ عُدُولٍ تَثْبُتُ بِمِثْلِهِمُ الْحُقُوقُ، وَأَخَذَهُ الْقَاضِي الثَّانِي جَبْرًا بِدَفْعِ قِيمَةِ الْعَبْدِ الْمَوْصُوفِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ بِالِاشْتِبَاهِ غَيْرَ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ جَرَى مَجْرَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ [أَوِ الْآبِقِ][2] لَزِمَ دَفْعُ قِيمَتِهِ كَذَلِكَ، هَذَا وَلَا يُجْبِرُهُ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَبْدِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الِاشْتِبَاهِ، وَلَا يُجْبِرُهُ عَلَى السَّفَرِ بِالْعَبْدِ إِلَى [الْقَاضِي الْأَوَّلِ] لِأَنَّهُ لَا إِجْبَارَ عَلَيْهِ فِي السَّفَرِ بِمَالِهِ وَلَا عَلَى المحَاكَمَةِ إِلَى غَيْرِ قَاضِي بَلَدِهِ، انتهى. وفيه فوائد ومخالفات لما أورده الرَّافِعِي.

---

(١) في نسخة: (فيلتزم).

(٢) في نسخة: (إذا أبق).

وَإِلَّا فَعَلَى الْمُدَّعِي مُؤْنَةُ الرَّدِّ.

وذكر الشاشي في «الحلية» قوله: والأصح عندي وأقره، وسلك الإمام والغزالي طريقة ثالثة ذكرها الرَّافِعِي لا نطيل بذكرها.

تنبيهات: سبق عن الْفُورَانِي أنه يؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة وهو قضية ما في «الْحَاوِي» وغيره الموافق لنص «الأم».

قال: الشَّافِعِي في «الأم»: إذا أقام الرجل البينة على عبد موصوف له ببلد آخر وأحلفه القاضي أن هذا العبد الذي شهد لك به الشهود لعبدك أو دابتك لفي ملكك ما خرجت من ملكك بوجه من الوجوه كلها، وكتب بذلك كتابًا من بلده إلى كل بلد من البلدان فأحضر عبدًا بتلك الصفة أو دابة بتلك الصفة، فقد قال: بعض الحكام وذكر ما حكاه المَاوَرْدِي من أنه استحسان، ثم قال: وقال غيره: إذا وافق الصفة حكمت عليه، والقياس ألا يحكم حتى يأتي الشهود الموضع الذي فيه تلك الدابة فيشهدوا عليها، وكذلك العبد ولا يخرج من يدي صاحبه الذي هو في يديه بهذا إذا كان يدعيه أو يقضي له بالصفة، كما يقضي على الغائب يشهد عليه باسمه ونسبه، وهكذا كل ما يملك من حيوان وغيره، انتهى لفظه.

وبه يبين أن مذهبه خلاف ما رجحاه في الجملة إلا أن يثبت عنه ما يخالف هذا، وإن القول ببيع العين الموصوفة للمدعي فيه نظر.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يشهدوا بعينه.

(فَعَلَى الْمدَّعِي مُؤْنَةُ الرَّدِّ) هذه بقية ما فرعه على ما رجحاه، وعليه أيضًا أجرة مثل المدة إن كانت له منفعة قاله الأئمة وصرحوا بأنه من ضمانه.

قال الْبَنْدَنِيجِي: ولا يزول ضمانه حتى يرده إلى يد من قبضه منه ذكره ابن الرِّفْعَة.

وقال الرَّافِعِي: إذا كتب بما جرى عنده من مجرد قيام البينة، أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم، فإن أظهر الخصم هناك عبدًا آخر بالاسم والصفات المذكورة في يده، أو في يد غيره فقد صار القضاء مبهمًا وانقطعت المطالبة في الحال كما سبق في المحكوم عليه.

أَوْ غَائِبَةً عَنِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَلَدِ أُمِرَ بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةٍ.

قلت: ويجيء فيما لو اعترف ذو اليد بأن هذا العبد هو المعني بالمكاتبة ما سبق، وإن كان ثم مشاركة له في الاسم والصفات فتأمله.

وإن لم يأتِ بمدفع، فإن كان الكتاب كتاب حكم على قولنا بتجويزه فحلف المدعي كما سبق عن النص ويسلم إليه وأغرب في «التَّرْغِيب» فصححه.

قال الرَّافِعِي: وإن كان كتاب سماع بينة، فينتزع المكتوب إليه المال وساق ما سبق عنه.

واعلم أن ظاهر كلامه يقتضي أنه إذا أظهر الخصم هناك عبدًا بالاسم والصفات أن الطلبة تنقطع حتى يأتي المدعي بصفة مميزة سواء كان الكتاب كتاب حكم على القول بتجويزه أو كتاب أنها شهادة فقط على المرجح، والذي رأيته في كلام غيره وذكره ابن الرِّفْعَة إنما هو فيما إذا كان قد حكم الكاتب بالصفة على التجويز وسكتوا عن التفريع المذكور على قول أنها الشهادة، والظاهر أنه لا فرق كذا قلته في «الْغَنِيَّة» وفيه نظر إذا كان المحضر المشابه في يد غيره؛ لأن من بيده يحمل إلى بلد القاضي الكاتب فيشهد شهود الصفة على منتفي المحذور بخلاف ما لو كان الموافق له في الصفات بيد غير المدعى عليه فتأمله.

قال: **(أَوْ غَائِبَةً عَنْ الْمجلِسِ لَا الْبَلَدِ)** أي: ما سبق فيما إذا كانت العين غائبة عن البلد فإن كانت فيه.

(أُمِرَ) أي: الخصم الحاضر أو من يخلفه.

(بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ) أي: بتيسر.

(لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةٍ) قال الرَّافِعِي: هذا هو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال تشبيهًا بما إذا كان المدعى عليه حاضرًا في البلد لا تسمع الشهادة وهو غائب عن مجلس الحكم، وفي المشتبه به خلاف يأتي ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف هاهنا أيضًا، فإن جاء انتظم أن يرتب فيقال: إن لم تسمع البينة على العين الغائبة عن البلد اعتمادًا على الصفة فأولى ألا تسمع إذا كانت

....

حاضرة، ويأمر بإحضارها، وإن سمعناها هناك فهاهنا وجهان، ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر، أما ما لا يمكن إحضاره كالعقار فيجده المدعي ويقيم البينة عليه بتلك الحدود، فإن قال الشهود: نعرف العقار بعينه ولا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه أو حضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى حكم وإلا فلا، ولو كان العقار مشهورًا لا يشبه، فلا حاجة إلى التحديد، وسبق في هذا زيادة إيضاح.

قال الرَّافِعِي: وأما ما يعسر إحضاره كالشيء الثقيل، وما أثبت في الأرض، أو ركب في الجدار وأورث قلعه ضررًا فيصفه المدعي ويحضر القاضي أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه، وإن لم يمكن وصفه حضر عنده القاضي أو بعث من يسمع الدعوى على عينه.

وذكر في «الوسيط» و«الوجيز»: إن العبد المدعي لو كان يعرفه القاضي حكم به دون الإحضار هذا إن كان المراد به العبد المعروف بين الناس فواضح كما ذكرنا في العقار المعروف، وفي العبد المشهور الغائب عن البلد، فأما العبد الذي يختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالمًا بصدق المدعي وحكم بناء على علمه تفريعًا على جوازه فهو قريب أيضًا، أما إذا كان يحكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع البينة على الصفة وجب أن يمتنع الحكم.

وذكر في «الوسيط» أيضًا: إنه لا يلزم إحضار الكرباس ونحوه؛ لأنه يتماثل وإن أحضر وفي هذا إشعار بأن الكرباس الحاضر لا يمكن توجيه الدعوى والبينة على عينه ولا شك في بعد هذا الكلام، انتهى.

تنبيهات: قوله في الكتاب: غائبة عن المجلس لا البلد، يقتضي أن الخارجة عنه ولو على ميل أو فرسخ مثلًا كالغائبة بمكان بعيد، وإن كانت في عمله ويشبه أن تكون القرينة من البلد المتيسر إحضارها إليه كالتي بالبلد، ولو كانت بعمله أيضًا، ولكن بمسافة العدوى مثلًا ولم يكن ثم نائب هل يكلف إحضارها إذا شهد كما يكلف الحضور بنفسه؟ لم أرَ فيه نقلًا وهو محتمل.

....

وقوله: أمر بإحضار ما يمكن إحضاره، إطلاقه يقتضي أنه لا فرق بين كونه معروفًا متميزًا لا يشتبه بغيره أو لا يكون كذلك، ويشبه ألا يجب إحضار الأول إذا كان القاضي والشهود يعرفونه معرفة لا اشتباه معها، فإذا شهدوا به حكم به وأجبر الخصم على تسليمه ما لم يأتِ بمدفع، وأحسب هذا مراد الغزالي في كتبه الثلاثة وأصله قول إمامه: إنه لو تعين العبد المدعي للقاضي فيجوز سماع البينة عليه، وإن لم يكن حاضرًا في مجلس القضاء وجهًا واحدًا، أي: بخلاف الخصم الحاضر بالبلدة.

قال: والفقه فيه أن الخصم المتعين إذا لم يحضر فسماع البينة لم يمتنع لجهالة، وإنما امتنع لترك المسلك الأقرب، وهذا لا يتحقق في العبد المعين الذي يعرفه القاضي والشهود، وليس يبعد اشتراط الحضور فيه أيضًا، فإن الإشارة أوجز من الوصف وأنفى للتهمة، انتهى.

فافهم أن المذهب ما أورده الغزالي، وأن فيه احتمالًا وحينئذ أقول: إن قول الرَّافِعِي في اعتراضه: أما إذا كان الحكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع البينة على الصفة وجب أن يمتنع الحكم ليس هذا من الحكم بالصفة المحضة ولا من سماع البينة عليها، بل الصفة هاهنا كالإشارة إلى العين الحاضرة لإحاطة القاضي علمًا بما وصفوه فهي إشارة إلى معهود معلوم للقاضي ولهم ألا ترى قول الإمام السابق: إن الخصم إذا قال: لقاضي بلد المال: لا تزيلوا يدي عن غير إشارة إلى الدار، قلنا: تعين التعيين كالإشارة، فكان الشهود على بعد الدار أشاروا إلى الدار وهذا واضح بيِّن، انتهى.

ويظهر صحة ما قاله الغزالي وإمامه بأمثلة واضحة لا يعجز الفطن تصويرها، وقول الرَّافِعِي: وذكر في «الوسيط» أيضًا إلى آخره، مراده به ما ذكره إمامه أن المدعي إذا لم يمكن تمييزه بالوصف كأذرع من كرباس فلو قال المدعي: في يد هذا عشرة أذرع من الكرباس، فإنه لو قال: في يدي ألف ذراع من الجنس الذي قال: فأحضر منها أيها فهذا قسم لا يتصور فيه الوصول إلى التعيين ولا يكلف

وَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارٌ فَقال: لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ثُمَّ لِلْمُدَّعِي

المضارعين إلا أن يصادف المدعي عينًا في يد المدعى عليه فيدعيها، انتهى.

نعم ما ذكراه الظاهر أنه مبني على طريقتهما في الدعوى بالكرباس الغائب، وبه صرح في «الْبَسِيط» فقال: بعد ذكره نحو كلام إمامه: فليذكر القيمة وليدع المالية كما ذكرنا في الخصم الغائب، وقد استشكل الرَّافِعِي طريقتهما، وأشار إلى مخالفتهما لطريقة الجمهور، وقد لا يكون ذلك مبنيًا على ذلك، فإن في تكليفه إحضار جميع ما بيده من ذلك النوع بعد، عند كثرته وحينئذ يبعث القاضي من يشهد على عين ما ادعاه إذا تميز لشهوده كما سبق في الشيء الثقيل ونحوه إذا لم يرَ الدعوى بالقيمة المجردة ولا يلزم الإشعار الذي ذكره الرَّافِعِي بعدما بيَّناه.

قال: (**وَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارٌ، فَقال: لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: حيث لا بينة للمدعي باشتمال يده على عين بالصفة المذكورة.

قال الإمام: إذا قال: ليس بيدي ما وصفه قلنا للمدعي: إن كتب بنفي العبد فأثبت الحجة يكون هذا الموصوف في يده وله مسلكان:

أحدهما: أن يقيم بينة أن هذا العبد الموصوف رأيناه في يده، وهذا يحصل بأن يشهد شهود المدعي بذلك أيضًا، وبأن يشهد شاهدان على وجدان ذلك العبد بيده ولا علم عندهما بملك المدعي فيثبت بها كون الموصوف في يده على الجملة، وهذا القدر كافٍ في أن يقال: له: أحضر هذا الموصوف لتعرف أن شهود الملك هل يشيرون إليه أم لا؟

وإن تعرض شهود الملك لذلك لم تفد شهادتهم في الحال إثبات ملك المدعي وتفيد تكليفه الإحضار، ثم الشهادة المثبتة للملك تنشأ مقيدة بالإشارة، انتهى.

ولو اعترف أن بيده عين بالصفة المذكورة، وقلنا: يلزم الإحضار كلف إحضارها لا محالة.

قال: (**ثُمَّ لِلْمُدَّعِي**) أي: بعد حلف المدعى عليه.

دَعْوَى الْقِيمَةِ فَإِنْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً كُلِّفَ الْإِحْضَارَ وَحُبِسَ عَلَيْهِ وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ، وَلَوْ شَكَّ الْمُدَّعِي هَلْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيمَةً أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا فَقال: غَصَبَ مِنِّي كَذَا، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ، وَقِيلَ لَا بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحَلِّفُهُ ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيمَةَ ....

(دَعْوَى الْقِيمَةِ) لاحتمال أنها هلكت وكان التصوير فيما إذا كانت العين من المتقومات.

قال: **(فَإِنْ نَكَلَ)** أي: المدعى عليه عن اليمين المذكورة.

(فَحَلَفَ الْمدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً) أي: بأن العين الموصوفة كما بيناه.

(كُلِّفَ الْإِحْضَارَ) أي: ليشهد الشهود على عينه كما سبق بما فيه.

(وَحُبِسَ عَلَيْهِ) أي: عند امتناعه منه إذا لم يبين عذره فيه.

(وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ) أي: فتؤخذ منه القيمة وتقبل منه دعوى التلف بيمينه، وإن كان خلاف قوله الأول؛ لأنه قد يكون صادقًا ولو لم يقبل قوله لتخلد جنسه، وقيل: لا يطلق إلا بإحضار أو بأن يقيم بينة على التلف وكان التصوير على الأصح فيما إذا أطلق دعوى التلف أو استدعى إلى جهة خفية كسرقة، أما لو أسندها إلى سبب ظاهر فالوجه تكليفه البينة على وجود السبب كما مر في الوديعة، ثم يصدق في دعوى التلف به بيمينه.

قال: **(وَلَوْ شَكَّ الْمدَّعِي هَلْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيمَةً أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا؟ فَقَال: غَصَبَ مِنِّي كَذَا، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ)** أي: للحاجة وهذا أقرب الوجهين في «المحرر» وأولاهما في «الشرحين» وأصحهما في «الرَّوْضَة» وعليه عمل القضاة وعليه فيحلف أنه لا يلزمه رد العين ولا قيمتها.

قال: **(وَقِيلَ: لَا بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحَلِّفُهُ)** أي: على العين.

(ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيمَةَ) أي: بعد حلفه تنسى الدعوى بالقيمة؛ لأن الدعوى المردودة غير جازمة، وهذا ما نسبه الإمام إلى القياسين والْبَغوِي في «تعليقه» إلى القاضي الحسين إذا عرفت هذا، فقد قال في «النهاية»: إذا عسر على

....

المدعي استحضار العين بألا يجد بينة على كونها في يد المدعى عليه ولو حلفه لحلف فسأله أن يرد الدعوى إلى المالية إذا استشعر ذلك منه.

وعبارة «الْبَسِيط»: لو عجز عن إقامة البينة على أنه في يده واستشعر أنه لو حلفه لحلف فطريقه أن يرد الدعوى إلى المالية والقيمة حتى تسمع الشهادة على الوصف إذا كان المقصود المالية، وله أن يجزم الدعوى بالقيمة.

وقال الرَّافِعِي: قوله في «الوجيز» هنا: فإن القيمة تثبت بالشهادة على الصفة إن كان المراد منه أنه إذا شهد الشهود على أنه غصب منه عبدًا بصفة وكتب ثم فرض موت العبد يستحق المشهود له بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة فهذا صحيح، وقد حكاه صاحب «العدة» لكن طلب القيمة من غير أن يعلم موته فيه إشكال.

وقال في «الرَّوْضَة»: ولو شهدوا أنه غصب منه عبدًا بصفة كذا فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة، وهذا اختصار مخل.

وكلام «النهاية» و«الْبَسِيط» كالمصرح بأن الكلام مع بقاء العين للضرورة، وإذا كان طلب القيمة لأجل الحيلولة، فأي إشكال فيه، وسبق عن «الْحَاوِي» ما يوافق ذلك وأنه يجري مجرى العبد المغصوب إذا أبق يلزم بدفع قيمته، وذكر شُرَيْح الرُّويَانِي: إنه لو ادعى أنه أتلف له عبدًا بصفة كذا وذكر الأوصاف المعتبرة في السلم فقد قيل: يصح ثم يقوم عند تلك الصفة، وقيل: يقوم بأقل ما تقع عليه تلك الصفة، وقد قيل: تقوم تلك العين من شاهدها، وإن لم يكن من يقوم فالقول قول الغارم، انتهى.

إشارة: قوله: فإن بقي لزمه رده وإلا فقيمته، ظاهر إذا كان المدعي متقومًا، فإن كان مثليًا فينبغي وإلا فمثله، وهو ما نقله الْبَغَوِي في «تعليقه» هناك عن القاضي الحسين، وربما نعيد المسألة في الدعاوى رجاء فائدة زائدة، وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضرًا، وإن كان غائبًا والمال في البلد كما وصفا فيحضر مجلس الحكم أيضًا ويؤخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه.

وَيَجْرِيَانِ فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْبًا لِدَلَّالٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَّ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ، أَمْ أَتْلَفَهُ فَقِيمَتَهُ أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ ....

قال: (وَيَجْرِيَانِ) يعني الوجهين.

(فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْبًا لِدَلَّالٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَّ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ أَمْ أَتْلَفَهُ فَقِيمَتَهُ أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ؟) فعلى الثاني يدعي العين في دعوى ويدعي القيمة في أخرى والثمن في أخرى، وعلى المرجح يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه إن باعه وأخذ ثمنه، وإلا قيمته في أخرى والثمن في أخرى، وعلى المرجح يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه إن باعه وأخذ ثمنه وإلا قيمته ويحلف الخصم يمينًا واحدة بأنه لا يلزمه الثوب ولا ثمنه ولا قيمته.

فَرْعٌ: لو كان حاضرًا والمدعي ببلدة أخرى.

قال الرَّافِعِي: فقياس ما سبق أنا إن قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب ويحكم به فالقاضي يحكم عليه، وإن لم يجوز إلا السماع، فإذا سمع البينة أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ليشهد الشهود على عينه كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم، انتهى. ولا نقل عنده.

وقال المَاوَرْدِي: إذا حكم لحاضر على حاضر بعين غائبة، فهذا مما كتب بمسألة القضاة، فإن ثبت استحقاقه فإقرار المطلوب فالقاضي فيما يكتب به من حكمه مخير بين أن يذكر ثبوت استحقاقه بإقراره أو لا يذكره؛ لأن المقر لو أقام بينة باستحقاقه لم تقبل منه، وإن ثبت استحقاقه بيمينه بعد نكول المطلوب ذكره؛ لأن المطلوب لو أقام بينة قبلت منه.

قلت: فيه نظر إذا قلنا: اليمين المردودة بمنزلة الإقرار لا البينة.

قال: وإن ثبت استحقاقه ببينة شهدت به ففي وجوب ذكرها في كتاب القاضي وجهان: أحدهما: أنه مخير كالإقرار، والثاني: يلزمه ذكرها لجواز أن يعارضها المطلوب ببينة فيقدم لأجل يده، انتهى.

وقضية كلامه أنه لا يلزمه الإحضار إلا حيث يلزم المطلوب الغائب الإحضار، وكلام الرَّافِعِي يقتضي إلزامه إحضار المدعى به حكم به القاضي

حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَثَبَتَ لِلْمُدَّعِي اسْتَقَرَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَهِيَ وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُدَّعِي].

للمدعي أو لم يحكم وسمع البينة فقط، وفي إطلاق القول بإلزامه الإحضار من غير مكاتبة بعد لا سيما مع تباعد البلدين بخلاف العين الحاضرة المتيسر إحضارها مجلس الحكم، فإن الشيء الخفيف يحتاج إحضاره من المكان البعيد إلى مؤنة كبيرة كالأمتعة الثقيلة الحاضرة في البلد نعم إن كان التصوير فيما لو أقر بغصب ونقل أو قامت به بينة أو حلف المدعي اليمين المردودة فواضح، وإن كان في الإقرار المجرد والبينة بالملك من غير بيان سبب أو كان الغرض أعم ففيه ما ذكرناه.

وفي «العمد» و«الإبانة»: إن المدعي إذا كان غائبًا فحكمه حكم ما لو كان المدعى عليه غائبًا أيضًا وقد بيناه وهو موافق لكلام «الْحَاوِي» والله أعلم.

قال: (**حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَثَبَتَ لِلْمُدَّعِي اسْتَقَرَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَى الْمدَّعَى عَلَيْهِ**) أي: لأنه المحوج إلى ذلك.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يثبت له.

(**فَهِيَ وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمدَّعِي**) أي: لأنه المحوج إلى ذلك وسواء أحضرت العين من البلد أو غيره كما اقتضاه كلام الأئمة، وكلام «القواعد» كالمصرح به، وذكر في «الوجيز»: إنه لو أحضر العبد الغائب ولم يثبت ملك المدعي فيه فعليه مؤنة الرد ومؤنة الإحضار ولا يغرم منفعة العبد التي تعطلت كما لا يلزمه منفعة المحكوم عليه ويحتمل هذا للحاجة.

قال الرَّافِعِي: ذكرنا أن المدعي إذا كان في البلد يكلف المدعى عليه إحضاره، وإن كان غائبًا عن البلد يبعثه القاضي المكتوب إليه على يدي المدعي، ولم يقل هناك ولا يكلف هاهنا.

قلت: وهو ظاهر مع تباعد العملين أما مع التقارب كجاءني بغداد فلا.

قال: إذا عرف ذلك فحيث يؤمر المدعى عليه بالإحضار.

قال في «التهذيب»: إن ثبت أنه للمدعي وذكر صورتي «المنهاج» كما

....

سبق، ثم قال: وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب ولم يثبت أنه للمدعي فعليه رده إلى موضعه بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده، وإن ثبت أنه له فقياس ما حكينا عن «التهذيب»: إنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: إن القاضي ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن فيه شيء استقرض، فإن ثبت كون المال للمدعي كلف المدعى عليه رد القرض لظهور تعديه وإلا كلف المدعي رده لظهور بغيته.

قلت: ووقع في «الرَّوْضَة» هنا خلل فاحش يعرف بالمراجعة.

ثم قال الرَّافِعِي: وذكر أصحابنا العراقيون وصاحب «التهذيب» وغيرهم: إنه إذا نقل المدعي المال إلى بلد الكاتب ولم يثبت كونه له أنه يلزمه مع مؤنة الرد أجرى المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطيل المنفعة إذا أحضره المدعى عليه وهو في البلدة فأفهم سكوتهم عنه أنهم سامحوا به في هذه الحالة ولو يوجبوا الأجرة وعلى هذا المفهوم جرى في «الوجيز» فقال: وساق ما قدمناه عنه قال: وليحمل ما ذكره على إحضار المدعى عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة؛ لأنه لو أجرى على إطلاقه لكان ما ذكره مخالفًا لكلام الأصحاب في الغائب عن البلد وسبب احتمال تعطل المنفعة توقير مجلس الحكم واقتضاه مصلحة الإمالة ترك المضايقة في حضوره وسبب الفرق بين الحالتين زيادة الضرر هناك، انتهى لفظه.

قلت: وقضية كلام «الوسيط»: إنه لا يجب أجرة العبد المحضر مطلقًا عند الأصحاب وكأنه لم يقف على نقل.

فإنه قال: فَرْعٌ: إذا أحضر العبد الغائب فلم يثبت ملك المدعي فعليه مؤنة الإحضار ومؤنة الرد إلى مكانه هذا ما ذكره الأصحاب ولم يتعرضوا لأجرة منفعته التي تعطلت ولا لمنفعة المحكوم عليه إذا تعطل بالحضور، وكأنهم احتملوه لمصلحة الإمالة، وجعل ذلك واجبًا لإجابة القاضي فلم يلزم بدله

....

وأصل هذا قول إمامه، ومن الأمور البينة التي يجب ألا يغفل عنها أما إذا كلفنا المدعى عليه إحضار العين فالتزم مؤنة في إحضارها، فإن ثبت استحقاق المدعي فالمؤنة على المحضر وإن لم يثبت استحقاق المدعي فقد قال: الأصحاب: يغرم المدعي مؤنة النقل ومؤنة إلى المكان الذي كان المتاع فيه وهذا ـ أرشدكم الله ـ فيه أدنى نظر نقدمه بشيء، وهو أن الخصم المحضر قد يناله كد في الحضور، وربما ينقطع به عمل له تقابل بأجر فهل يقول: إذا بان كون المدعي مبطلًا يلتزم المستحضر أجره؟

الذي نراه أنه لا يلتزم هذا، فإن الغالب في استحضاره حق القاضي، ودليله أنه مستحضره من غير ثبوت حق عليه وهذا ما يجب القطع به، فإذا ثبت هذه المقدمة فلست أبعد أن يكون إحضار المال منها فإنها متعلقة بالإيالة، وأسباب الولاية، وهذا احتمال حسن بالغ ولا آمن أن يكون التسامح في إحضار الخصم لقرب الزمان الذي لا يكون لمثله حظ من الأجرة، وإن كان فنزر لا يحتفل به، وأقصى ما على البينة ثم الآراء السديدة يشترك في النظر، والله المستعان، انتهى.

وحينئذ أقول تقرر في كتاب «الغصب»: أن منفعة الحر لا تضمن إلا بالتفويت على الأصح، وهو استيفاؤها قهرًا بخلاف منفعة العبد ونحوه من المال، ولعل العراقيين وغيرهم إنما اقتصروا على التصريح بذكر أجرة مثل العبد المحضر بكتاب القاضي؛ لأن الغالب أن ذلك يطول زمنه إلى أن تنتهي الخصومة بخلاف الحاضر في البلد، فلو تقارب عمل القاضيين بحيث تنفصل القضية في زمن يسير، فالظاهر أنه كالحاضر بالبلد إذا انفصلت القضية في زمن قريب، وقد يزيد زمن تعطيل العين الحاضرة بالبلد على زمن تعطيل المحضرة من عمل قاض آخر، إما لإحضار الشهود ليشهدوا بالعين المدعاة، وإما لاستزكائهم أو غير ذلك مما يتوقف أنها الخصومة عليه، وإذن القياس أنه إن كان لمثل العين المحضرة أجرة وجب، وإلا فلا سواء الحاضرة بالبلد والمحضرة من بلد، أو عمل قاض آخر بحصول التفويت في الحالين ظلمًا وإلا

قال المصنف: [فَصْلٌ]: الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ وَهِيَ الَّتِي لَا يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا، وَقِيلَ مَسَافَةُ قَصْرٍ، ....

فلا، وهذا كله إذا ألزم الحاكم المطلوب بإحضار العين المدعاة لشخصها الشهود، أما لو أحضرها باختياره فلا أجرة له بحال، وقد يقال: إن أجرة العين المحضرة من بلد آخر على يد الطالب أو غيره إنما وجبت لرفع يد صاحبها عنها والحيلولة بينه وبينها بخلاف الحاضرة في البلد، فإنها بيده إلى فراغ الخصومة فلا يستحق لها أجرة؛ لأنها في يده، فإن اعترف هذا وجب أن يفرق بين أن يرفع يده عنها في الحالين، أو لا يرفع فيلزم الأجرة فيهما حيث يرفع يده عنها، ولا يجب إذا لم ترفع فيهما فتأمله.

وقد يكون المدعى عليه بالعين الحاضرة غائبًا فتؤخذ من داره أو بدا منه، وتعطل منفعتها عليه مدة إتمام الخصومة، فتروَ فيما ذكرناه.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ، وَهِيَ الَّتِي لَا يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا، وَقِيلَ مَسَافَةُ قَصْرٍ) قال الإمام الرَّافِعِي: الأصل ألا يسمع القاضي البينة ولا يحكم إلا بحضرة الخصم، أما أنه لا يسمع البينة فليأمن من خطأ الشهود في المشهود عليه، وليطعن فيهم الخصم إن وجد مطعنًا، وليمتنعوا إن كانوا كذبةً حياءً منه أو خوفًا، وأما ألا يحكم فليأت بمدفع إن وجده إلا أن هذا الأصل قد يترك الأسباب بقضية، وتفصيلها أن يقال: إذا لم يكن الخصم حاضرًا في مجلس الحكم، فإما أن يكون في البلد أو لا يكون إن كان فيه، وكان ظاهرًا يتأتى إحضاره فأصح الوجهين، وقطع به بعضهم أنه لا يجوز سماع الدعوى والبينة عليه؛ لأن أمر القضاء مبني على الفصل بأقرب الطرق، ولو حضر فربما أقروا فيغني عن سماع البينة والنظر فيها.

والثاني: يجوز لأنه إما منكر فهذا سماع بينة على منكر، أو مقر فتؤكد البينة إقراره.

....

وعبارة الإمام: فهل يجوز سماع الدعوى عليه قبل سماع البينة؟ فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز تعيين إحضاره، وإقامة البينة على وجهه إن أمكن وحق على القاضي أن يسلك أقرب الطرق وأقصدها في فصل القضاء، والسبب فيه أنه لو طول فقد يكون مؤخرًا حق مستحق مع القدرة على تعجيله، وهذا لا سبيل إليه.

والثاني: إن الدعوى والبينة مسموعتان، فإن المدعى عليه إذا تعين وتميز كفي، والبينة بيان والمدعى عليه بين أن يقرأ وينكر حضر أو غاب، ثم قال: من بعد مشيرًا إلى موضع الخلاف إنما يسمع القاضي البينة على الحاضر في البلد إذا كان يعرفه وتعين له، فإن لم يكن كذلك لم تسمع بخلاف البينة على الغائب، وإذا سمعنا الدعوى والبينة، فهل يحكم عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالغائب، وأصحهما في الرَّافِعِي: المنع، وقال الإمام: إنه المذهب الذي يجب القطع به؛ لأنه قد يعرف مطعنًا في البينة يمتنع به نفوذ القضاء وهو حاضر، فالهجوم على تنفيذ القضاء محال، فإن القضاء يقع وراء كل احتياط ممكن، هذا قطع به الصيدلاني، وهو الحق عندنا.

ثم حكى الوجه الأول وقال: إنه غفلة من مسالك القضاء، وأجرى الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل تسمع البينة؟ ويحكم عليه من غير سؤاله ومراجعته والمنع هنا أولى وأظهر والحاصل في الصورتين ثلاثة أوجه صرح بها الإمام، وغيره.

فرع تعم به البلوى ولم أره منقولًا:

إن القاضي يسمع الدعوى والبينة على ناظر وقف على معين، ويحكم مع حضور المستحق بالبلد، والظاهر الجواز كما في ولي الطفل ونحوه، وفي النفس منه شيء، وكذلك يكون الوقف على جماعة معينين لا ناظر له، فيسمع القاضي الدعوى فيما يتعلق بالموقوف في وجه أحدهم أو جماعة منهم مع

وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وَيُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّزِهِ.

حضور الباقين في البلد، وإمكان إحضار الجمع، وتسمع البينة ويحكم والأقرب هنا أنه يشترط حضور الجميع؛ لأنه إن كان كل واحد ينظر في نصيبه بشرط الواقف فواضح، وإن كان القاضي هو الناظر بالشرط أو غيره؛ فيحتمل أن يقال: ينصب مسخرًا، ويكتفى به، والأشبه المنع، وأنه لا بدَّ من كون الدعوى والحكم في وجه المستحق وفيه توقف وسبق توقف في حكمه فيما شرط له نظره قبل القضاء أو بعده ومن هذا الطرز الدعوى على الميت في وجه بعض الورثة مع حضور الباقين بالبلد، وهذا كله في الخصم الحاضر الأهل لسماع الدعوى عليه والجواب عنهما وليس بمتوارٍ ولا متعزز.

قال: (**وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وَيُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ**) أي: فيجب إحضاره على المذهب كالحاضر ليأتي بمطعن إن أمكنه بخلاف البعيد فإن انتظاره يطول، وبما يضبط القرب والبعد؟ فيه وجهان: أحدهما: إن البعيدة مسافة القصر والقريبة ما دونها.

قال الرَّافِعِي: وأرجحهما على ما ذكره الغزالي أن المسافة التي يتمكن المنكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلًا قريبة، وتسمى هذه مسافة العدوى فإن زادت فهي بعيدة فللقاضي أن يحكم على من غاب إليها؛ لأن في إحضاره مفارقة الأهل بالليل، وجزم في «المحرر» و«شرحه الصغير» بترجيحه وكذا صححه في أصل «الرَّوْضَة» وفيه نظر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّزِهِ**) إذا تعذر إحضار من بمسافة قريبة أو من هو في نفس البلد بأن كان متواريًا أو متعززًا متغلبًا فيجوز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه إذا تقرر امتناعه عند الحاكم وتواريه بلا عذر كما سيأتي، وإلا لاتخذ التواري والتعزز ذريعة إلى إبطال الحقوق، وقيل: لا يجوز ولا يلحق الامتناع بالعجز، والمذهب الأول، فعليه هل يحلف المدعي؟ وجهان: المرجح: نعم، والمختار وفاقًا للماوردي وغيره لا كما سبق ولا خفاء أن المسجون في سجن سلطان ونحوه بحيث لا يمكن الوصول في معنى الغائب وأن الأخرس الذي لا يفهم في معنى المعتوه.

وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ وَمَنْعُهُ فِي حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَى.

تَنْبِيهٌ: قضية كلام كثيرين أنه إذا لم يكن للمدعي بينة أنه ينسد باب الحكم للطالب على المتواري والمتعزز.

وقال المَاوَرْدِي: إذا قال: ليست لي بينة فقد اختلف أصحابنا هل يكون امتناعه من الحضور كالنكول في رد اليمين؟

على وجهين: الأشبه: إنه يجعل كالنكول، فعلى هذا يسمع القاضي الدعوى محررة ثم يعيد النداء كما سيأتي علي بابه ثانية بأنه يحكم عليه بالنكول، فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني حكم بنكوله ورد اليمين على المدعي وحكم له بالمدعي إذا حلف.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ وَمَنْعُهُ فِي حَدٍّ لِله تَعَالَى**) لا خفاء أن التفريع على المذهب، وهو جواز ذلك في الأموال.

والحاصل ثلاثة أقوال أظهرها ما فصله؛ لأن حق الآدمي مبني على المضايقة والتشديد، وحدود الله تعالى مبنية على المساهلة والدرء، والثاني: المنع مطلقًا؛ لأن الحد يسعى في درئه ولخطر الدماء، والثالث: الجواز مطلقًا كالأموال، فيكتب إلى قاضي بلد المشهود عليه؛ ليأخذه بالعقوبة، وهذا ما صححه الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» و«المجموع» والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» في باب الشهادة على الشهادة، وهو قضية كلام جماعة هناك، ويتعين الجزم به إذا تعين استيفاء الحد، ولم يؤثر فيه الرجوع ولا التورية كما سبق بيانه، وإلا لاتخذ الفساق ذلك طريقًا إلى تعطيل الحدود، وحقوق المالية كحقوق الآدميين على المذهب، ولا فرق بين كتاب «النقل» وكتاب «الحكم» عند الجمهور.

قال الرَّافِعِي: وفي «الإبانة»: إن الخلاف في كتاب «النقل» فأما كتاب الحكم، فإنه يقبل في حقوق الله تعالى، وحق الآدمي قولًا واحدًا، انتهى.

قلت: هكذا قاله في «الإبانة» و«العمد» في باب الشهادة على الشهادة، قال: لأن إنفاذ الحكم بمنزلة شهادة الأصل يقبل في الحقين جميعًا قولًا

وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَسْتَعِدْهَا بَلْ يُخْبِرُهُ وَيُمَكِّنُهُ مِنْ جَرْحٍ.

واحدًا، وهذا قوي جدًّا عند ثبوت الحد بالبينة على الفعل، لكنه قال: في «الإبانة» هنا بعد كلامه في المكاتبة في الأموال: وكل ما ذكرناه فهو في الأموال، فأما في الحدود فهل يقضي على الغائب، فقولان:

أحدهما: يقضي ويكتب إلى قاضي بلده حتى يجده.

والثاني: لا، وذكر في «العمد» نحوه، ويحتمل أن يقال: يجب أن يجعل الخلاف في كتاب الحكم، أما إنهاء الشهادة فلا يجوز جزمًا ووجهه بيّن، والظاهر أنه لو نادى أحد قاضيين الآخر في طرفي ولايتهما أنه قد حكم على فلان الصائر على عمله بحد الله تعالى أنه يستوفيه منه قطعًا، أو على الأصح إذا تحتم ولم أرَ فيه شيئًا.

قال: (**وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحكمِ لَمْ يَسْتَعِدْهَا**) أي: لم [يجب] استعادتها.

(**بَلْ يُخْبِرُهُ**) أي: بالحال.

(**وَيُمَكِّنُهُ مِنْ جَرْحٍ**) أي: ويمهله ليأتي بجارح الإمهال المعتبر كما سبق ويأتي، وأما إذا قدم بعد الحكم فهو على حجته في إقامة البينة بالأداء، أو الإبراء وجرح الشهود أو بيان ما يمنع شهادتهم عليه.

قال الرَّافِعِي: ولكن لا بدَّ وأن يؤرخ الخارج فسقه بيوم الشهادة؛ لأنه إذا أطلق أمكن حدوثه بعد الحكم، انتهى.

وسبق عن «الْحَاوِي» أنهم إذا شهدوا بفسقهم قبل سماع شهادتهم وعينوا الوقت أنه يعتبر ما بين زمن الجرح والشهادة، فإن كان قريبًا لا يتكامل صلاح الحال فيه سقطت الشهادة كما لو شهدوا بفسقهم يوم الشهادة، وعليه جرى غيره، وهو أنه إن مضى زمن الاستبراء لم يؤثر الجرح وإلا أثر وهو ظاهر.

قال الرَّافِعِي: وبلوغ الصبي بعد سماع البينة أو بعد الحكم كقدوم الغائب، قلت: وكان المراد بلوغه رشيدًا، أما لو بلغ سفيهًا، فالظاهر أن

وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ وَجَبَتْ الِاسْتِعَادَةُ.

وَإِذَا اُسْتُعْدِيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ أَحْضَرَهُ بِدَفْعِ خَتْمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ،

الحكم كما لو لم يبلغ؛ إذ العبرة بالولي كما قبل البلوغ ولا عبرة ببلوغه مجنونًا وإفاقة المجنون كبلوغ الصبي.

فَرْعٌ: لو حكم عليه بناء على أنه بمسافة بعيدة، فبان أنه كان قد قدم البلد أو صار على مسافة قريبة منه، فهل يقول أن الحكم صحيح بناء على ظاهر الحال أم فاسد بناء على ما في نفس الأمر المتبادر من كلامهم الأول؟ وفيه نظر.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو زوجها الحاكم على ظن أن لا ولي لها ثم بان أن لها وليًّا على ثلاثة فراسخ لم يصح النكاح، وأيضًا فقضية إطلاق المصنف وغيره القول أن من بمسافة قريبة كالحاضر يقتضي أن الحكم غير صحيح لفوات شرطه، وهذا أقرب عندي، وليجرِ ما أشرنا إليه في الصبي يبلغ رشيدًا، والمجنون يفيق والسفيه يرشد قبل الحكم، ثم يحكم القاضي بناء على بقاء الحجر عليهم، ونحو هذا لو حكم على موقوف عليه غائب أو على مديون غائب ثم بان أنه قد مات قبل الحكم، وأن الوقف والمال قد انتقل إلى خصم حاضر، فإن صححنا أمضي الحكم ومكن الرشيد والقادم ومستحق الوقف والإرث من إبداء ماله من دافع أو معارض.

قال: **(وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ وَجَبَتْ الِاسْتِعَادَةُ)** أي: على الصحيح كما سبق وادعى الإمام وغيره أنه لا خلاف فيه قالوا: لأن السماع الأول بطل بالعزل، وسبق أنه لو خرج عن محل ولايته ثم رجع لم يستعدها، بل يحكم بالسماع السابق على الصحيح فحصل فيهما ثلاثة أوجه، ورأيت منقولًا: إنه لو سمع البينة بالتحكيم ثم ولي القضاء لم يستعدها ويحكم بذلك السماع.

قال: **(وَإِذَا اُسْتُعْدِيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ)** أي: متأهل لسماع الدعوى والجواب عنها **(أَحْضَرَهُ بِدَفْعِ خَتْمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ)** أي: لتعرضه الطالب على المطلوب، وإنما ذكروا ختم الطين؛ لأنه كان عادة قضاة السلف.

أَوْ بِمُرَتَّبٍ لِذَلِكَ، ....

قال القاضي أبو الطيب: والخاتم حديدة مكتوب على رأسها: أجب القاضي.

وقال غيره: يبعث إليه خاتمه أو طينًا بخاتمه، وقد هجر هذا من أعصار، فالأولى تركه وفعل ما اعتيد من الكاتبة على كاغد؛ لأنه يستهجن ويسخر منه.

وفي «روضة الحكام»: إذا طلب استحضار خصمه بالبلد استحضره القاضي، وقيل: يبعث إليه طينة مختومة، وقيل: لا يبعث الختم أصلًا، بل يبعث رسولًا، وأحسن من قيد بعث الطين بما إذا كانت العادة جارية به، وعليه جرى ابن الرِّفْعَة.

قال: **(أَوْ بِمُرَتَّبٍ لِذَلِكَ)** أي: وهم الأعوان، وهم الرسل الذين رتبهم ببابه لذلك، ولا فرق عندنا بين أن يعرف بين الطالب والمطلوب معاملة أم لا صيانة للحقوق، ولجواز أن عليه حقًّا بجهة إرث أو وصية أو إتلاف وغيرهما مما يخفى سببه.

وعن ابن سُرَيْج: إنه يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلس الحكم العام، وعن «العدة»: إنه إن كان بالصفة المذكورة ويتوهم القاضي أن المستعدي يقصد ابتذاله بذلك لا يستحضره مجلس الحكم، بل ينفذ إليه من يسمع الدعوى عليه ويحلفه إن لزمته يمين؛ لأنه لما ظهر عليه من الصيانة والمروءة يجري مجرى المخدرة، وحكاه في «البيان» عن بعض الأصحاب ثم قال: والمشهور الأول، وفي «الْحَاوِي» بعد ذكره المشهور: ويجوز للقاضي في أهل الصيانة أن يفردهم عن مجلس العامة وينظر بينهم في منزله بحيث يحفظ صيانتهم.

تنبيهات وفروع:

أحدها: ظاهر كلامه التخيير بين ختم الطين أو غيره كالشمع، وبين بعث العون، ويجوز أن يراد به التنويع بحسب ما يراه وسبق نقل وجهين في ختم الطين واخترنا تركه.

....

وفي «الْحَاوِي»: إنه مخير بين إبعاد عون من أمنائه يحضره، وبين أن يختم في طين بخاتمه المعروف، وبين أن يجمع بين العون والختم بحسب ما يؤديه الاجتهاد إليه من قوة الخصم وضعفه، انتهى.

وينبغي أن يختلف باختلاف الحال باختلاف مراتب المبعوث إليهم دناءة ورفعة، فيعامل كل واحد بما يلائمه.

ثانيها: قوله: أحضره، أي: وجوبًا، قال المَاوَرْدِي وجماعة: يجب على القاضي أن يعدي من استعدى إليه إذا لم يعلم كذبه وحينئذ يلزم المطلوب الإجابة.

قال ابن الرِّفْعَة: قال الإمام: وإيجاب الحضور عليه لأجل إجابة القاضي حتى لو لم يطلبه القاضي وطلبه الخصم لم يجب الحضور، بل الواجب إن كان عليه حق وفاه.

وفي «المهذب» و«الْحَاوِي»: إنه إذا دعا أحد الخصمين صاحبه إلى مجلس الحكم لزمته الإجابة لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٥١] الآية.

وقال ابن أبي الدَّم: إذا استحضره الحاكم وجب عليه الإجابة إلا أن يوكل أو يقضي الطالب الحق ولو استدعاه رب الدين إلى مجلس الحكم يلزمه إجابته، بل يلزمه قضاء الدين بخلاف إجابة الحاكم هكذا ذكره المراوزة.

وقال العراقيون: إذا كان بين اثنين حكومة ودعا أحدهما الآخر إلى مجلس الحاكم وجبت الإجابة للآية، قال: ويمكن أن يقال: لا خلاف بين الطريقتين فما ذكره المراوزة فيما إذا قال: لي عليك كذا فاحضر معي إلى الحاكم، لم يلزمه الحضور وإنما عليه وفاء الدين، والذي ذكره العراقيون فيما إذا قال: بيني وبينك محاكمة ولم يعلمه بها ليخرج عنها فيلزمه الحضور إذا لم يعلمه بها لم يمكنه الخروج إليه منها.

وأما إن علم بالحق الذي يطالبه به، فهذا موضع النظر هل يجب عليه أن

....

يحضر معه باستدعائه؟ هذا لم يفصله الأصحاب والتردد فيه ظاهر لا سيما إذا لم يعلم أن له عليه حقًا، وأما الآية فيمكن حملها على إجابة داعي الحاكم ولا خلاف في وجوب إجابته، انتهى.

وفي «الْحَاوِي» في باب كتاب القاضي إلى القاضي: إن المطلوب إن خرج إلى الطالب من حقه وإلا لزمه المصير معه إلى القاضي إن كان على مسافة أقل من يوم وليلة، وإن كان على أكثر منها لم يلزمه الحضور إلا بالاستحضار.

قلت: وفي إطلاقه اللزوم وقفة تبين مما سيأتي.

ورأيت في «روضة الحكام»: إنه إذا سأل الحاكم إحضار خصمه لزمه ذلك وعلى المدعو إجابة الحاكم محقًا كان المدعي أو ظالمًا إظهارًا لطاعة الحاكم إلا أن يبعث الحق إلى الحاكم فلا يلزمه الحضور، وقد قيل: إذا عرف المدعى عليه أن المدعي ظالم لم يلزمه الحضور؛ لأن الحاكم يحضره لأجل المدعي، وإذا كان المدعى عليه معذورًا اعتذر إلى الحاكم واستمهله في الحضور ويذكر أنه يحضر إذا زال عذره أو يوكل وكيلًا ينوب عنه، انتهى.

وقال: الشيخ عز الدين في «القواعد»: يلزم الخصم إجابة الحاكم إذا دعاه من مسافة العدوى فأقل أو دعاه خصمه إلى الحاكم، فإن كان مبطلًا لم يلزمه إجابته، وإن كان محقًا فللحق حالتان: إحداهما: ألا يتوقف القيام به على حكم حاكم، فإن قدر عليه لزمه أداؤه ولا يحل المطل به إلا بعذر شرعي ولا يلزمه حضور الحاكم، وإن كان معسرًا لم يلزمه الحضور أيضًا، فإن علم عسرته لم يحل له مطالبته بالحق ولا بالحضور إلى الحاكم، وإن جهلها فينبغي أن يخرج على جواز إحضاره إلى الحاكم على الخلاف في حبس المعسر المجهول اليسار، وكذلك لو دعاه الحاكم وعلم أنه يحكم عليه بالباطل بناء على الحجة الظاهرة فيجوز له فيما بينه وبين الله تعالى ألا يأتيه ولا سيما فيما يتعلق بالدماء والفروج وسائر العقوبات الشرعية.

الحالة الثانية: أن يتوقف القيام بالحق على حكم الحاكم كضرب أجل

....

الغيبة أو قسمة يتوقف على الحكم فيخير بين الفرقة وتمليك العين وبين الحضور وليس له الامتناع منهما، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحضور عند الحاكم، ولو دعا خصمه إلى التحاكم في مختلف في ثبوته فإن اعتقد المطلوب ثبوته فعلى ما مضى، وإلا لم يلزمه إجابة خصمه ويلزمه إجابة القاضي، وأما النفقات فإن كانت للأقارب وجبت الإجابة إلى الحضور عند الحاكم لتعذرها، وإن كانت لرقيق أو زوجة يخير بين تمليك الرقيق وإبانة الزوجة وبين الإجابة إلى الحضور عند الحاكم، انتهى فتحصلنا على تفصيل وخلاف في القسمين.

ثالثها: قضية كلام المصنف أن المستعدي على من بالبلد يسعف بإحضاره من غير استفسار مما يدعيه عليه وبه صرح الرَّافِعِي وغيره قالوا: لأنه ليس في حضور المطلوب مؤنة ولا مشقة شديدة بخلاف الغائب نعم؛ الأولى استفساره ولا يلزم.

وفي «روضة الحكام»: إنه يسأله عن وجه دعواه فإن كانت بحثت يجب الجواب عنها استحضره وربما أشعر كلامه بوجوبه وليس ببعيد، فإن انزعاج المطلوب من منزله أو سوقه أو حرفته على عمى مما يطلب منه ليس بالواضح لا سيما مع اتساع المصر وبعد موضعه عن الحاكم أو كثرة المستعدين عليه، وقد يحضر وقد سبقه جماعات من الخصوم فلا تصل النوبة إليهما إلا بعد زمن طويل واستقصاء المستعدي سهل فيقرب إيجابه احتياطًا، وقد يفرق بين الطالب العالم وغيره فيستفسر الثاني، وقد استفسرت خلائق من المستعدين فيذكرون ما ليس بسبب شرعي أصلًا.

رابعها: يوم الجمعة كغيره في استحضار من يطلب استحضاره بمجلس الحكم نعم إذا صعد الخطيب المنبر فلا يحضر أحد إلى الفراغ من الصلاة كذا قاله الرَّافِعِي، وينبغي أن ينظر فيما قبل صعود الخطيب المنبر.

فإن كان لو أحضر المطلوب لأمكنه بعد ذلك إدراك الجمعة أحضر وإلا أخر إلى ما بعد الصلاة فيكون المعتبر إدراكها في حقه، ويختلف ذلك باختلاف مواضع المطلوبين، ومثال ذلك أن يحضر من موضع فيه جمعة إلى ما

....

لا جمعة فيه وقد سبق في التساهل بالبيع وغيره يوم الجمعة ما ينبغي أن يأتي مثله هاهنا فحيث حرمنا الاشتغال به هناك لم نعد هناك في ذلك الوقت واليهودي يحضر يوم السبت ويكسر عليه سبته.

خامسها: لو علم المطلوب أن القاضي الطالب يقضي عليه بالجور برشوة أو غيرها فيسعه باطنًا أن يمتنع من الحضور، بل ينبغي أن يجب عليه ذلك إذا كان فيه استحلال دم أو بضع، وأما في الظاهر فالظاهر أنه لا يسوغ له ذلك ويحتمل أن يجيء فيه وجه ولينظر فيما لو كان معسرًا ولا بينة له باعتباره ولا يصدق فيه وعلم أنه لو حضر لحبس وطال حبسه.

سادسها: سبق ولكن ذكره هنا أليق إذا كان بالبلد قاضيان فاستحضر اثنان شخصًا كل منهما إلى قاضٍ أجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معًا أقرع بينهما، قاله القاضي الحسين والإمام وغيرهما، ولم يذكروا من يقرع ولو دعا كل خصم خصمه إلى قاضٍ فأطلق الغزالي تحكيم القرعة.

وقال المَاوَرْدِي والروياني: يغلب جانب الطالب فلو كان كل واحد منهما طالبًا ومطلوبًا لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلفا فيما يوجب تخالفهما قدم من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب فوجهان: أصحهما: يقرع، والثاني: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما.

وفي «روضة» شُرَيْح ثلاثة أوجه إجابة الطالب عكسه يقرع هذا كله في القاضيين المستقلين، أما لو دعي أحدهما إلى الأصل والآخر إلى خليفته فالذي أشار إليه الإمام والغزالي ترجيح الداعي إلى الأصل.

قال: ابن الصلاح: وهذا شيء رآه الإمام وكلام غيره مطلق، والظاهر أن الأصل وفروعه في ذلك كالقاضيين؛ لأن الفرع كالأصل في وجوب إجابته ونفاذ حكمه ولا أصل لكونه فرعًا فيما نحن فيه وما قاله متجه، لكن في «الْحَاوِي»: إنه لو تنازع خصمان في الأصل وخليفته؛ لأنه أصل وإن كان القاضي يوم التنازع ناظرًا فالداعي إليه أولى من الداعي إلى خليفته؛ لأنه أصل

فَإِنْ امْتَنَعَ بِلَا عُذْرٍ أَحْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ.

وإن كان القاضي فيه تاركًا كان الداعي إلى خليفته أولى من الداعي إليه؛ لأنه أعجل وهو مؤيد لكلام الإمام إن كان مراده أنهما كانا ينظران في وقت واحد كما هو القسم الأولي في كلام «الْحَاوِي».

قال: (**فَإِنْ امْتَنَعَ بِلَا عُذْرٍ أَحْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ**) أي: بما يراه ومؤنة المحضر والحالة هذه عليه لامتناعه، وقيل: على المدعي، وليس التعزير بختم بل إن شاء عفا عنه وإن شاء عزره بالكلام أو الضرب أو الحبس على حسب اجتهاده، وكذلك العفو وعدمه يكون بحسب المصلحة.

وقال المَاوَرْدِي وغيره: إذا امتنع بلا عذر بعد وقوفه على ختم أو رقعته أشهد عليه الخصم شاهدين أنه ممتنع، فإذا ثبت عند القاضي امتناعه بعث إلى صاحب الشرطة ليحضره ولا يبالغ القاضي في طلب تزكية الشاهدين بالامتناع.

قال الشَّافِعِي: ويسأل عن عدالتهما ويخفف السؤال، وفي «روضة الحكام»: ويقبل في امتناعه شاهدان وإن لم تعرف عدالتهما، وقيل: لا بدَّ من العدالة.

قال جدي: وهو القياس وكان المراد بالوجه الأول الاكتفاء بالستر أو العدالة في الظاهر، وأما إذا كان امتناعه بعد إرسال العون إليه، وأخبر العون الأمين القاضي بذلك قبل قوله من غير بينة كما قاله المَاوَرْدِي والروياني وابن عمه شُرَيْح وغيرهم.

قال شُرَيْح: لأنه من باب الإخبار فيؤدب بقوله، قلت: وإذا كان كذلك فلما لا يكفي إخبار عدل واحد عن امتناعه عن إجابة الختم أو الرقعة التي بيد الخصم، وقد يفرق بين رسول وغيره، ولا بدّ من كون العون ممن يقبل خبره كما قيد بأنه إطلاق من أطلق وبه صرح بعضهم.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي و«الْكَافِي»: إنه عند الاستعداء يبعث معه الختم، فإن حضر وإلا بعث بعض أعوانه فإن حضر وإلا بعث شاهدين يشهدان على امتناعه فإن حضر، وإلا استعان بالسلطان على إحضاره.

....

وعبارة الرَّافِعِي: وإن بعث الختم فلم يجب بعث إليه العون، وإذا ثبت عنده امتناعه من غير عذر أو سوء أدب بكسر الختم ونحوه استعان على إحضاره بأعوان السلطان، انتهى.

وفي «التَّرْغِيب»: والبينة أن يكون بين يديه شمعًا أو طينًا يختم عليه: أجب الداعي، فإن أبى بعث رجلين في طلبه وسأله عن امتناعه، فإن رأى الطالب وامتنع بعث أصحاب الشرط، فإن غاب أمر بختم بابه أو دكانه حتى يحضر، فإن رد الطابع أو كسره سأله، فإن أنكر أنه رآه ذكر للطالب، فإن أقام بينة سمعها وإن لم يكن استحلفه؛ لأن هذه اليمين حق للقاضي فإن اتهمه عند اليمين هدده وأوعده، فإن رد اليمين على الطالب إن رأى ذلك جاز، فإذا ثبت عنده رد الطابع أدبه زجرًا، انتهى.

تَنْبِيهٌ: هذا كله إذا لم يكن عذر مانع من الحضور، فإن كان لم يكلف الحضور، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه أو يوكل.

قال الرَّافِعِي: والعذر كالمرض وحبس الظالم والخوف منه، وقيد غيره المرض الذي تعذر به أن يكون بحيث يسوغ بمثله شهادة الفرع على شاهد الأصل، وسيأتي الكلام في المخدرة، وسبق ذكر من ألحق بها على وجهٍ.

فَرْعٌ: إذا استخفى قال الرَّافِعِي: يبعث من ينادي على باب داره: إن لم يحضر إلى فلان سمر باب داره أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاثة وسأل المدعي التسمير أو الختم أجابه وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره، انتهى.

وفي «الْكَافِي»: إنه يبعث من ينادي على بابه ثلاثة أيام: إن لم يحضر فلان سمر بابه وختم، ويخبر جيرانه بذلك فإن لم يحضر سمر باب داره إذا عرف وختم عليه، فإن لم يحضر بعد التسمير أو الختم وكل القاضي عنه وكيلًا فيدعي عليه المدعي.

وفي «الشامل» وغيره وابن القاص حكي ذلك عن الشَّافِعِي رضي الله عنه لكنه قال: إنه يفعل ذلك بعد أن يبعث من ينادي على بابه بمحضر من شاهدي عدل: إنه

....

إن لم يحضر مع خصمه فلان وكل عليه، قال: وحسن أن يعذر إليه بذلك ثلاثًا، فإن لم يحضر فأقام عنه وكيلًا ولو أخبر القاضي أنه في دار فلان أنفذ الخصيان والغلمان الذين لم يبلغوا الحلم والثقات من النساء ويبعث معهن عدلين من الرجال، فإذا دخلوها وقف الرجال في الصحن وأخذ الخصيان في تفتيش الدار والنساء.

قال: الْبَنْدَنِيجِي: وينبغي أن يفعل التفتيش والهجوم عليه أولًا إن عرف له مكان.

وفي «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي: وإذا بعث وتغيب بعث القاضي إليه ثقة ينادي على بابه ثلاثًا وأعذر إليه في النداء، وذكر أنه إن لم يحضر مجلس الحكم سمر بابه أو ختم عليه، فإن لم يظهر ولم يحضر وسأل المدعي تسمير باب داره أو الختم عليه وضح عند الحاكم أنه منزله وأنه نادى إليه ويشهد به عدلين سمر بابه أو ختم على ما يراه، وقيل: إذا لم يحضر وتوارى فإن شاء سمر بابه وإن شاء هجم بأن يبعث نساء ثقات وصبيانًا وخصيانًا يدخلون على الترتيب ولا هجوم في الحدود إلا في حد قاطع الطريق، فإن لم يحضر بعد التسمير أو الختم، فإنه يوكل عنه وكيلًا بعد أن يبعث المنادي لينادي على بابه بحضور عدلين: إنه إن لم يحضر لوقت كذا مع خصمه فلان فإنه يوكل عنه، وقيل: الأحسن أن يعذر إليه بذلك ثلاثًا، ولا يرفع الختم والمسمار إلا بعد الفراغ من الحكم، وإن سأل الطالب رفع الختم والمسمار ففيه وجهان: **أحدهما**: يرفعه؛ لأن ذلك كان لحقه. **والثاني**: لا يرفعه؛ لأنه من حق الحاكم حيث امتنع عن حضور مجلسه، فإذا ثبت الحق عليه ولم يظهر باع ماله وعقاره ووفى من ثمنه حق صاحب الحق، فإن لم يظهر له مال فإنه يهجم عليه إذا صح تواريه في بيته.

ويبعث الحاكم الأعوان والخصيان ومراهقين ونساء فيقدم النساء المراهقون ثم الخصيان ثم الأعوان، وإذا توسط النساء صحن الدار مع الغلمان واتخاذ من في الدار من الرجال والنساء إلى بيت أو إلى جانب يدخل الخصيان ويفتشون الرجال ويؤمر ثقات النساء فيفتشن النساء، وإذا وجد

أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وِلَايَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ، أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضِرْهُ بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ، ....

المتواري نظر الحاكم في حبسه وتأديبه بعد سماع الكلام ودعوى الخصم، وقيل: هذا قبل ثبوت المال إذا كان الحاكم لا يحكم على غائب أو كأن يحكم عليه ولكن لم تكن له بينة، فإذا كان يحكم على الغائب وهناك بينة فإنه لا حاجة إلى ذلك ويحكم بالبينة، انتهى لفظه وفيه فوائد.

وإذا تعذر إحضاره بعد هذا كله ولا بينة للمدعي فأشبه الوجهين في «الْحَاوِي»: إنه يجعل كالناكل بعد النداء على بابه بمبلغ الدعوى وإعلامه بأنه يحكم عليه بالنكول، ثم يسمع القاضي الدعوى محررة إلى آخر ما سبق عنه.

واعلم أن إطلاقهم ختم باب داره أو تسميره ظاهر إن كان لا يأويها غيره أما لو كان فيها أهله وأولاده مثلًا فلا سبيل إلى السمر والختم عليهم ولا إلى إخراجهم منها فيما يظهر فكيف الحال ويتوجه هنا بعد الإنذار الهجم دون الختم.

قال: **(أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وِلَايَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ)** أي: لعدم ولايته عليه، فإن استحضره لم يلزمه إجابته.

قال: **(أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضِرْهُ، بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ)** هذا هو الصحيح؛ لأن في إحضاره مشقة عليه مع إمكان الحكم هناك، وقيل: يلزم إحضاره إذا طلبه الخصم وهو قضية إيراد الْبَغَوِي إذا كان المطلوب في مسافة الْعَدَوِيِّ، وبه أجاب في «العدة».

وفي «أمالي» السرخسي: إنه يتخير القاضي بين إحضاره وبين سماع البينة ومكاتبة نائبه.

وفي «النهاية»: إن له إحضاره بعد إقامة البينة كما سيأتي، وفي «الْحَاوِي» قبيل باب القسام: إن القرى إن كانت قريبة من المصر ولم يسبق على أهلها التحاكم إلى قاضي المصر كان هو القاضي بينهم وجروا منه مجرى أهل المصر ولم يجز لقاضي المصر أن يقبل منهم كتاب قاضٍ إن كان لهم في حكم؛ لأن من شهد بالحكم عند قاضيهم يقدر على الشهادة به عند قاضي المصر، انتهى.

أَوْ لَا نَائِبَ فَالْأَصَحُّ يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطْ، وَهِيَ الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ لَيْلًا.

وهو كلام مظلم وقد يفهم أن الكتاب بالحكم لا يمضي مع قرب المسافة من خليفته ولعله أراد كتاب إنهاء الشهادة، لكنه قال: في باب ما على القاضي في الخصوم: قال: وإن كان الخصم المطلوب غائبًا في أعمال القاضي، فإن كان له هناك نائب لم يلزمه إحضاره وكان بالخيار في الأصلح للخصم من إيفاده إلى خليفته لمحاكمة خصمه أو سماع البينة عليه ومكاتبة خليفته به، انتهى.

وإطلاقه يشمل الموضع القريب والبعيد، لكن في قبول كتاب إنهاء الشهادة إليه مع قرب المسافة نظر يدرك مما تقدم في ذلك.

فَرْعٌ: قال: الدَّارِمِي في باب موضع اليمين: ولا يجلب أحد من بلده إلى غيره من بلد خليفة أو غيره إلا أن يكون المحكوم عليه بقهر حاكم بلده فترفع إلى غيره من أقربهم إذا قدروا عليه، انتهى.

قال: **(أَوْ لَا نَائِبَ فَالْأَصَحُّ يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطْ، وَهِيَ الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ لَيْلًا)** أي: إلى موضعه، والحاصل أنه إذا كان الخصم غائبًا في عمل القاضي ولا نائب له هناك وجوه:

أحدها: قال الرَّافِعِي وبه أجاب أصحابنا العراقيون: إنه يحضر قربت المسافة أم بعدت نعم له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدين.

وثانيها: إن كان على دون مسافة القصر أحضره، فإن زادت فلا.

والثالث: إن كان على مسافة العدوى أحضره فإن زادت فلا، وهذا أظهر عند الإمام وبه أجاب في «الوجيز» انتهى.

والرابع: إنه إلى رأي الحاكم؛ لأن عمر رضي الله عنه استحضر من نيف وعشرين يومًا وعنه أنه استحضر قومًا من قسرين إلى المدينة.

والخامس: إنه يحتمل استحضاره من أقل من مسيرة ثلاثة أيام؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قال: «**لَا تُسَافِرِ الْمرأَةُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ**»(١).

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٣٥٧، رقم ٢٧٣٢)، وأحمد (١/ ٢٢٢، رقم ١٩٣٤)، والبخاري (٢/ =

....

وهذان الوجهان ذكرهما شُرَيْح في «روضته» مع احتمالات أخر للإصطخري موافقة للثاني والثالث في المعنى وألفاظها مختلفة.

تنبيهات:

أحدها: ما رجحه «المنهاج» أخذه من قول «المحرر» وهذا ما رجح والذي اقتضاه كلام «الرَّوْضَة» و«الشرح» موافقة العراقيين.

وقال المَاوَرْدِي: وإن لم يكن له في بلد الغائب خليفة، قال أبو يوسف: إن كان على مسافة يرجع منها إلى وطنه قبل نيام الناس أحضره، وإن بعد عنها لم يحضره، وعند الشَّافِعِي يحضر إذا كان على مسافة تقصر فيها الصلاة، واختلف أصحابنا إذا كان على مسافة القصر فذهب أكثرهم، وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي إلى أنه يحضره للمحاكمة؛ لئلا يتمانع الناس في الحقوق بالتباعد، ثم حكى عن بعض أصحابنا أنه لا يحضره من مسافة القصر.

قال: وهذا ليس بصحيح لما ذكرناه من التعليل.

قلت: والأول هو المذهب ويعضده أن عمر استدعى المغيرة بن شعبة - رضي الله عنهما - في القصة المشهورة من البصرة إلى المدينة، وإذا كان هذا في حق الله تعالى ففي حق الآدمي أولى، وما رجحه المصنف حكاه العراقيون عن أبي يوسف فقط وإنما نقله وجهًا الهروي وغيره، وفي نسبة الرَّافِعِي في «شرحيه» ترجيحه إلى الإمام نظر! والذي رأيته في «النهاية» هنا: إنه إنما تعدى القاضي على الخصم إذا كان على مسافة العدوى وبينها، ثم قال: فإن كانت المسافة أبعد من ذلك فإن كان ثم قاضٍ فكتب إليه ما يقتضيه الحال على ما فصلناه في كتاب القاضي إلى القاضي، وإن لم يكن ثم قاضٍ وكان ذلك من ولاية القاضي لم يعد عليه ولم يستحضره أصلًا من غير بينة يقيمها المدعي، وإذا أقام البينة فإن أراد القضاء قضى وإن تعذر استيفاء الحق دون حضوره استحضره بعد قيام

=
٦٥٨، رقم ١٧٦٣)، ومسلم (٢/ ٩٧٨، رقم ١٣٤١) والطحاوي (٢/ ١١٢)، والطبراني (١١/ ٤٢٥، رقم ١٢٢٠٣)، والبيهقي في شعب الإيمان (٤/ ٣٦٩، رقم ٥٤٤٠).

....

البينة، وإن بعدت المسافة وبلغت مسافة القصر، والغرض مما ذكرناه أن القاضي تعدى في مسافة العدوى من غير حجة، وإذا زادت المسافة فلا إعداء من غير حجة وما ذكرناه متفق عليه ذكره العراقيون وغيرهم، انتهى لفظه. فصرح بموافقة العراقيين نعم ما ذكره من اعتبار قيام البينة مستغرب، والذي ذكروا أنه يحرر الدعوى كما سيأتي بما فيه.

ثانيها: قال الرَّافِعِي: وإذا قلنا: لا يحضره إذا كان هناك حاكم فلذلك لا يحضره إذا كان هناك من يتوسط ويصلح، فإن تعذر فحينئذ يحضره، وحيث قلنا: يحضره فقد ذكر الإمام والغزالي أنه إنما يحضر إذا أقام المدعي بينة على ما يدعيه، فإنه قد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار، وبمثله أجاب في «العدة» لكن قد لا يكون له حجة ويريد تحليفه فلعله ينزجر، ولم يتعرض الأكثرون لما ذكروه، ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه وعن جهتها فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده كالذمي يريد إحضار المسلم للمطالبة بضمان الخمر التي أراقها عليه، انتهى.

وقال الْمحَامِلِيّ في «المجموع»: إن كان له هناك خليفة كتب إليه حتى ينظر بينهما، فإن لم يكن وكان هناك رجل مستور كتب إليه حتى يتوسط بينهما، فإن لم يكن فإنه لا يحضره حتى يحقق المدعي دعواه ويعلم صحتها، وإذا حقق ذلك أحضره سواء قربت المسافة أم بعدت ثم حكى خلاف الناس، ثم قال: دليلنا هو أن الحق قد ثبت مع قرب المسافة وبعدها فوجب إحضاره بكل حال ولا فرق بين حالة الغيبة وحالة الحضور إلا في شيء واحد وهو أن الحاضر بحضرة الحاكم وإن لم يحقق خصمه الدعوى، والغائب لا يحضره إلا بعد أن يحقق الدعوى، انتهى.

وهو شاهد للإمام والظاهر أنه طريقة الشيخ أبي حامد وشيعته.

وقال المَاوَرْدِي: وإذا لزم إحضار الغائب على ما بيناه لم يجز للقاضي أن يحضره إلا بعد تحرير الدعوى وصحة سماعها؛ لأنه يجوز أن يدعي ما لا تصح فيه الدعوى، ثم ذكر حكاية ثم قال: ولذلك لم يجز أن يحضر الغائب إلا

....

بعد تحرير الدعوى بما يصح سماعها والحكم فيها ببينة أو يمين، انتهى.

وعبارة «البيان»: وإن لم يكن له هناك خليفة وهناك من الرعية من يصلح للقضاء ورأى القاضي أن يكتب إليه لينظر بينهما فعل، وإن رأى أن يتقدم من يحكم بينهما هناك فعل، وإن لم يكن شيء من ذلك وسأل الخصم إحضاره، فإن حرر دعواه جاز إحضاره وإلا فلا؛ لأنه قد يدعي ما ليس بحق عليه كسعاية به إلى السلطان أو منفعة جوار أو بقيمة كلب والحاكم لا يرى وجوب ذلك، انتهى.

وصرَّح غيره بأن من شرط المتوسط صلاحيته للقضاء واتفقوا على أن وجود المتوسط الصالح للقضاء بمنزلة وجود خليفة للقاضي فقيد به إطلاق الكتاب إذا عرفت هذا فكان الإمام ومن تبعه أخذوا ذلك من قول الْمحَامِلِيّ وغيره من شيعته أبي حامد، دليلنا أن الحق قد ثبت كما سبق وكلام غيرهم يقتضي الاكتفاء بتحرير الدعوى إلا أن يراد بإقامة البينة إظهار المستعدي صحة دعواه وأنها مما يجب سماعها والجواب عنها لإقامة البينة بعد الدعوى المحررة بنفس الحق، فإما أن يجمع بين الكلامين أو يقدر خلاف في المسألة بين العراقيين والجمهور فيما أحسب على الاكتفاء بتحرير الدعوى.

ثالثها: قال الإمام متصلًا بما سبق من قوله: وما ذكرناه متفق عليه إلى آخره، ومما يجب التَّنْبِيه له أنه إذا كان في جانب من ولاية القاضي ناحية أهله فلا يجوز له إخلاؤها عن مستخلف، وذلك بأن يقيم فيها قاضيًا أو يقيم بالقرب منها حاكمًا بحيث يقع بين المستحقين أو بين المستخلف والقاضي مسافة العدوى، وعلى ذلك جرى الغزالي وغيره فقالوا: يجب على القاضي، ولا تخلي مثل هذه المسافة عن حاكم وأصل هذا ما ذكره من أنه لا تعدي على من فوق مسافة العدوى.

وفي «روضة الحكام» في نقله الوجوه المتقدمة، وقيل: إذا كان في موضع إذا رجع يأويه الليل استحضر، وإن كان أبعد لم يستحضر، قال: الإصطخري: ومن يقول بهذا يقول: يجب أن يجعل في كل قرية يكون مقدار ما بينها وبين البلد أو القرية الأخرى التي يقرب منها هذا المقدار ألا يأويه الليل ناظرًا ينظر بين الناس، انتهى.

وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ، وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ.

فيجوز أن يكون هذا من تفاريع هذا الوجه، ويجوز أن يقال: يجب ذلك رفعًا للمشقة عن الناس، وإن جاز الإعداء من فوق هذه المسافة، وحينئذ إن كانت تلك المواضع في ولاية قاضٍ، وأذن له في الاستخلاف أو جوزناه لزمه أن يستخلف فيها أو يعلم الإمام لينصب من يراه فيها، وإن لم يجوز له ذلك بوجه النصب فيها على الإمام، فإن لم يعلم بذلك وجب إعلامه لينصب فيها أو يأذن فيه رفعًا للمشقة عن الرعية وهذا ما سبق الوعد به.

قال: (**وَأَنَّ الْمخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ، وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ**) في تكليف المخدرة حضور مجلس وجهان: أحدهما: يكلفه كالبرزة والرجل، وبه أفتى الْقَفَّال.

وقال: لا معنى للتخدير عندي، قال: وليس له أصل في الشرع، وثانيهما: وهو المشهور للأصحاب، وبه أجاب الأكثرون، وحكاه القاضي الحسين عن النص والرافعي عن أبي حنيفة وصححه أنها لا يكلفه كالمريض، واستدلوا للفرق بينها وبين البرزة بأنه ﷺ رجم الغامدية ظاهرًا، وقال في غيرها: «**وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا**»(١).

وقالوا: كانت الغامدية برزة والأخرى بالضد، وهذا منتقد فإن الغامدية حضرت بنفسها ولم تستحضر وإرسال أنيس إنما كان لإعلامها بالقذف ولتطلب حده أو يعفو أو تصر بما ذكره، وعضد الْقَفَّال ما ذكره بأنه لا يلزم الحاكم حضور دارها ولو أراده فلخصها أن يمتنع من دخول دارها، وليس للحاكم إجباره.

قال: وأبلغ من هذا أن الشهود لو أرادوا أن يشهدوا على عين المرأة، وقال: أنا نشهد على عينها، فإنا نعرف عنها ولا يعرف نسبها، وكانت هي لا

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٨٩، رقم ١٣٣٣)، وأحمد (٤/ ١١٥، رقم ١٧٠٧٩)، والبخاري (٢/ ٩٧١، رقم ٢٥٧٥)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤، رقم ١٦٩٧)، والنسائي (٨/ ٢٤١، رقم ٥٤١١)، والترمذي (٤/ ٣٩، رقم ١٤٣٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٢، رقم ٢٥٤٩).

....

تكشف وجهها أجبرها عليه.

قال: الْقَفَّال: وسألت قاضي القضاة ـ يعني أبا عاصم العامري الحنفي ـ عن هذه المسألة فقلت: أي حجة عندك لهذا؟ فقال: هذا مدون في الكتب ولا نص لأبي حنيفة فيه، ولعل من حجته أنها لا تتعود الخروج فأشبه المريض، فإن الحاكم يحضر دار المريض فيحكم عليه فكذا هاهنا.

قال: الْقَفَّال: قلت له: هناك ضرورة ولا فرق بين الرجل والمرأة وهاهنا لا ضرورة؛ لأن لهذه أن تخرج إلى بيت والديها ولأشغالها فلا تخرج إلى مجلس الحكم ولا مانع حسيًّا ولا شرعيًا، انتهى.

وما ذكره ظاهر الرجحان لعدم دليل مرضي على التقدير، نعم إن كانت القضية مما ينوب الوكيل فيها مناب الخصم قنع منها بالتوكيل قطعًا كما سنوضحه.

تنبيهات وفروع:

منها: قال الرَّافِعِي: ومن المخدرة لا شك أن الذي لا تخرج أصلًا إلا لضرورة مخدرة، وأما التي لا تخرج إلا نادرًا لعزاء أو زيارة أو حمام ففيها وجهان: أشبههما: إنها مخدرة، ويكفي ألا تصير مسدلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة كشراء الخبز والقطن وبيع الغزل ونحوها، والثاني: إنها التي لا تخرج أصلًا إلا لضرورة واختاره الإمام، ومنهم من لم يجعل الخروج إلى الحمام بالليل مبطلًا للتخدير، انتهى.

وفي باب موضع اليمين من «الشامل»: والمخدرة هي التي لا تخاطب الرجال ولا تحضر المأتم والأعراس.

وقال ابن الرِّفْعَة: المشهور المحكي عن النص أنها لا تخرج لحوائجها، ولو يورد أبو الطيب وجماعة سواه.

وقال المَاوَرْدِي: إنها التي لا تخرج لحوائجها، ولم يورد أبو الطيب وجماعة سواه، وقال المَاوَرْدِي: إنها التي لا تخرج لحوائجها، وإن خرجت

....

استخفت ولم تعرف وحكى القاضي الحسين عن أصحابنا أنهم قالوا: هي التي لا تخرج لحوائجها، وإن كانت تخرج إلى العزايا والمآتم.

ثم قال: وعندي أنها التي لا تخرج لحوائجها ولا إلى الزيارات والعزايا إلا نادرًا، فإن اعتادتها لم تكن مخدرة، وفي «التهذيب»: إنها لا تخرج إلى السوق لحوائجها ولا إلى الولائم ولا إلى الحمام نهارًا.

وقال ابن أبي الدَّم: الأولى في ذلك رده إلى العرف واتباع العادات وهو حسن.

ومنها: حكى ابن الرِّفْعَة عن جماعة: إنه يبعث إليها ثم يحكم بينهما، قال: ولم يتعرضوا للتوكيل ولا شك في جواز الأمرين عند الجمهور، لكن الذي حكاه القاضي الحسين عن النص: إنها لا تكلف الحضور بل توكل، وعن الْقَفَّال: إنها تحضر مجلس الحكم كالبرزة، انتهى.

فأوهم أن الْقَفَّال أو غيره يمنعها التوكيل، ولا شك في جوازه فيما ينوب التوكيل فيه مناب الموكل.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لا بأس للمخدرة ألا تحضر مجلس الحكم إن رضي خصمها، فإن لم يرضَ إلا بإحضارها كان له ذلك للتحليف، وكذلك الدعوى عليها وسماع البينة إن لم توكل.

ومنها: على قول الجمهور: إذا حضر الحاكم دارها ولا محرمية بينهما جلست خلف ستر، فإن اعترف الخصم بأنها خصمه حكم بينهما أيضًا، وإن أنكر ذلك فشهد شاهدان أنها خصمه حكم بينهما أيضًا، وإلا كلفها أن تخرج من وراء الستر، كذا قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما وفي الاكتفاء بتصديق الخصم وقفة.

وسبق عن الإمام أن القاضي لا يقضي على حاضر في البلد إذا لم يعرفه ولفظه: إنما يسمع القاضي البينة على الحاضر في البلد إذا لم يعرفه ويتعين له وهذا ينازع فيما ذكروه؛ لأنها بتصديق الخصم لا يتعين له ولا شهادة الشهود

....

أنها خصمه إذا لم تكن بارزة للقاضي فيما أحسب.

ومنها: قال القاضي أبو الطيب وغيره: إن البرزة حكمها حكم الرجل في جميع ما ذكرناه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي الرَّافِعِي الاستعداء لو كان على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها وهي عورة؟

وهل يشترط أن يكون الطريق آمنًا ومعها نسوة ثقات؟ وهل على القاضي أن يبعث إليها محرمًا لتحضر معه؟

قال أبو العباس الرُّويَانِي: كل ذلك على وجهين: الأصح: إنه يبعث إليها محرمًا لها نسوة ثقات كما في الحج.

قلت: كذا نقله الرَّافِعِي عنه قبل كلامه على المخدرة، وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين المخدرة وغيرها، ويجب تنزيله على البرزة بدليل قول حفيده شُرَيْح في «روضته»: وإحضار المرأة الغائبة التي تبرز كإحضار الرجل والاختيار أن يخرج معها محرم، فإن لم تفعل خرجت معها نسوة ثقات، انتهى.

ومنها: قضية إطلاق «التَّنْبِيه» وغيره أنه إذا لزم المخدرة يمين أن القاضي ينفذ إليها من يحلفها أنه لا فرق بين ما يوجب التغليظ وغيره، وهو وجه جزم به المَاوَرْدِي لأجل صيانتها واختاره ابن أبي الدَّم، واستدل له بأنهم صرحوا بأنه يسمع الشهادة على شهادتها مع حضورها وألحقوا تخديرها بالمرض والسفر في ذلك، والثاني: أن التخدير لا يسقط التغليظ بالمكان الشريف إلا إذا كانت حائضًا فتحلف على باب المسجد، وهو ما صححه الشيخ أبو علي، وحكى الإمام عن العراقيين القطع به في باب موضع اليمين، وأورده الغزالي في الدعاوى وعزاه الرَّافِعِي إلى الشيخ أبي حامد وأتباعه.

قال ابن الرِّفْعَة: ورأيته في «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي.

قلت: أطلق ابن الرِّفْعَة هذا الخلاف هنا، وقال في الدعاوى: إنا إذا قلنا باستحباب التغليظ لم تكلف الخروج قولًا واحدًا، وخص الوجهين بقول

....

الوجوب وهو متجه. وفي دعاوى «الرَّوْضَة»: إنها تكلف حضور الجامع على الأصح، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ومتابعوه ولم يصرح الرَّافِعِي هناك بترجيح، ثم قال: وقيل: بيَّنا هذا الخلاف على أن التغليظ مستحق أو مستحب.

قال: وقضية هذا البناء ترجح الوجه الثاني، وقوله: لكن قيل: ليس مراده، به تضعيف البناء لكنها عادتها فيما لم يره مشهورًا في الكتب، وإن لم ير خلافه كما بيناه في كتاب الطلاق، وحكى شُرَيْح الرُّويَانِي هذا الخلاف قولين.

ومنها: لو اختلفا في التخدر ففي «فتاوى» القاضي الحسين أن عليها إقامة البينة عليه، وأنها تمهل حتى يقيمها.

وقال المَاوَرْدِي والروياني: ينظر فإن كانت من قوم الأغلب من حال نسائهم التخدير صدقت بيمينها، وإن كانت من قوم الأغلب على نسائهم البروز صدق الخصم بيمينه، وكان المراد حيث لا بينة لها تصدق دعواها التخدير.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو ثبت سترها بالبينة وحكم به الحاكم ثم خرجت بعد مدة لحوائجها فادعى مدعٍ عليها وأحضرها مجلس الحكم، فقالت: حكم الحاكم بتستري، سمعت دعواها وتحلف في بيتها أنها لم تهتك الخدر، انتهى.

وقضيته أن بروز المخدرة بحوائجها يبطل تخديرها.

ومنها: لو كانت برزة ثم لزمت التخدر فثم ذا يحصل، قال: القاضي الحسين في «الفتاوى»: حُكْمُهَا حُكْمُ الْفَاسِقِ يَتُوبُ، فَلَا بدّ مِنْ مُضِيِّ سَنَةٍ فِي قَوْلٍ، أَوْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فِي قَوْلٍ.

قلت: ويحتمل أن يقال: إنها إذا كانت من سفلة الناس، فلا عبرة بتخدرها الحادث وإن طال زمنه ولا عبرة بترفعها، وربما قدمت في أخدام الزوجة المدينة المترفعة ما يوافقه، ويحتمل أن يفرق بين تخدرها لرفعة بعلها وعدمها بأن تكون خلية، أو كان زوجها دينًا أيضًا.

ومنها: في «فتاوى» الْقَفَّال: إن الحاكم إذا ذهب إليها برضا الخصم كان

....

حسنًا، وإن وكل القاضي رجلًا حتى ذهب إليها وحلفها جاز، وإن لم يؤذن له في الاستخلاف؛ لأن هذا توكل وليس باستخلاف كما لو قال: زوج فلانة من؟

هذا كان توكيلًا، وإذا ثبت أنه يبعث من يحلفها فلا بدّ أن يحضر تحليف الوكيل لها رجلان ليشهدا عند الحاكم أنها حلفت فيحكم بالبراءة، فأما إذا وكل الحاكم رجلًا ليحضرها وتسمع الشهادة في وجهها، فهذا استخلاف فإن كان مأذونًا في الاستخلاف جاز، وإلا لم يكن للوكيل أن يسمع البينة، فإن ذهب وسمعها وشهد شاهدان عند الحاكم أنه قد يسمع شهادة فلان وفلان في وجهها كانت هذه شهادة على الشهادة عند الحاكم فلا يجوز، أي: لأن سماع البينة للخلفاء بخلاف التحليف.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الغزالي: إنه إذا توجه الحبس على رجل وعينه مستأجرة ولم يمكن القيام بالعمل في الحبس أنه يقدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتهن سيما والعمل مقصود بالاستحقاق والحبس لا يستحق في نفسه، وإنما يرهق به إلى غيره قيل: وما ذكره غريب لكنه فقه جيد، وعلى قياسه أنه لو استعدى عليه وكان حضوره تعطل حق المستأجر ينبغي ألا يحضر، لكن اتفق الأصحاب على إحضار المرأة البرزة ولم يفرقوا بين المزوجة والخلية.

وقضية كلامهم أن المزوجة تحبس، وقد يفرق بأن للإجازة أمدًا ينتظر بخلاف المزوجة نعم تطلب من الأصحاب الدليل على إحضار المزوجة مع منع زوجها لها، والأقرب إحضارها؛ لئلا تضيع الحقوق.

ويحتمل تعطيل حق الزوج في هذا الزمن اليسير، وكذلك المستأجر إذا لم يفوت زمنًا مقصودًا، فإن فوت وكان حق المستأجر يزول عن قرب فلا يبعد أن يؤجر القاضي إحضاره كذا بحثه بعض أكابر العصر، وأشعر كلامه بأن اغتفار إحضار الزوجة، وإنما هو في الحاضرة أو القريبة من البلد، وأنها لو كانت بمسافة بعيدة ومنع الزوج إحضارها أحسب إليه تقديمًا لحقه وما أحسب الأصحاب يوافقونه، وظاهر إطلاقهم التسوية بين الرجل وبينها، وقد صرحوا بحبس المزوجة.

....

ولم يجعلوا تقدم حق الزوج مانعًا منه بكذا لا يمنع من إحضارها بل لولي نعم ما ذكره في المستأجر محتمل، ولينظر فيما لو كان المحضر الغائب مديونًا هناك هل يتوقف إحضاره على إذن رب الدين كما لو أراد سفر حاجة أو لا عبرة بمنعه؟ لم أر فيه شيئًا، وكلامهم في البابين مطلق، ويحتمل أن يفرق بين إحضاره من مسافة القصر وبين إحضاره من دونها؛ لأنه كالحاضر بالبلد، والله أعلم.

فَرْعٌ: سبق أن القاضي لا يزوج امرأة خارجة عن عمله، وإن أذنت وحضر الخاطب؛ لعدم ولايته عليها، قال أبو العباس الرُّويَانِي: ومن جوزه فقد أبعد، فأشار إلى خلاف فيه، والظاهر أنها لو أذنت له وهي في عمله ثم انتقلت قبل العقد إلى غيره أنه يمتنع العقد حينئذ فلو تمادت إلى عمله فهل يكون إذنها السابق أم لا بد من إذن لاحق؟ فيه نظر! والأحوط تحديد الاستئذان.

فَرْعٌ: لو كان ليتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر، فله التصرف فيه بالحفظ والتعهد، أي: وليس له استيفاء ديونه في غير ولايته، قاله الشيخ إبراهيم المروزي، انتهى.

وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال على شرط الغبطة اللائقة، قاله الرَّافِعِي قال: وهذا سبيله في مال كل غائب أشرف على الهلاك، فلو كان حيوانًا وخيف عليه الهلاك تبعه وإن حصله الصيانة بالإجارة اقتصر عليها، انتهى.

فله التصرف فيه بالحفظ يوهم الجواز فقط، ولا شك في وجوب الحفظ والتعهد عند خوف الهلاك، وقد أوضح الْقَفَّال المسألة في «الفتاوى» فقال: إذَا غَابَ رَجُلٌ فَأَخْبَرَ الْحَاكِمُ بِأَنَّهُ غَائِبٌ وَمَالُهُ ضَائِعٌ كَانَ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يُنَصِّبَ قَيِّمًا فِيمَا لَهُ يَتَعَهَّدُهُ، وَلَيْسَ لِلْقَيِّمِ بَيْعُهُ وَلَا الِاتِّجَارُ فِيهِ وَلَا الْأَخْذُ لِلْغَائِبِ بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ كَانَ الْمالُ مِمَّا يَضِيعُ كَالْبِطِّيخِ وَالْبَقْلِ فَلِلْقَيِّمِ بَيْعُهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَى النَّفَقَةِ كَانَ لَهُ بَيْعُهُ، أَيْ: يَأْذَنُ الْحَاكِمُ إذَا كَانَ الصَّلَاحُ فِي بَيْعِهِ، فإن باع شيئًا للمصلحة، ثم قدم الغائب ليس له الفسخ؛ لأن ما فعله الحاكم كان بنيابة شرعية، وكذا له أن يؤجر داره؛ لأن المنافع تقوى بمضي الوقت، وإذا أجرها بأجرة مثلها، ثم قدم الغائب فليس له الفسخ كالصبي يبلغ، انتهى.

....

وينبغي أن يقتصر في الإجارة على أقل زمن يستأجر فيه ذلك الشيء إذا أمكن لتوقع قدوم الغائب وحاجته إلى الانتفاع بالمأجور، وذكر في جواب آخر أن له بيع مال الغائب إذا خاف فوته أو كان له مؤنة تلحقه، وأنه لو استولى رجل على عقار الغائب أو غصب شيئًا من ماله فأخبر محتسب الحاكم بذلك فعلى الحاكم أن ينصب قيمًا يدعي ليخرج الشيء من يد الغائب، وكذا لو غصب ماله ثم غاب فعلى الحاكم أن يسترجع ماله، وكذا لو كان للغائب دين فجحده المديون فللحاكم أن ينصب قيمًا ليدعي على المدين وينتزعه منه، أما لو كان له دين على وفيٍّ إلا أنه خيف عليه الفلس فللحاكم نصب قيم لاستيفائه كيلا يتلف بفلسه، أما إذا كان الدين على وفيٍّ فغاب، أي: ولم يحسن فلسه فليس للحاكم أن ينصب قيمًا ليستوفيه.

قال جامع الفتاوى: إلا أن الشيخ ـ يعني الْقَفَّال ـ قال: له أن ينصب قيمًا وسلم الشيخ أنه لا يسترد وديعته، فقيل له: لو جاز نصب القيم لوجب، فقال: ليس كل ما يجوز يجب، انتهى.

وما ذكره من استيفاء الدين من الوفي إذا كان مليًا ولم يخش قلبه بعيد، نعم لو طالت غيبة الدائن وخيف القوي توجه الاستيفاء، وقد سئلت عمن غاب وترك ديونًا على الناس وجاوزت غيبته ثلاثين سنة، ولا يعرف له مكان وخاف ورثته على ديونه الفوات فاستخرت الله وأفتيت بأن الحاكم ينصب عدلًا يستوفيها، وينفق على من يلزمه نفقته واستنبطت ذلك من كلام الأصحاب، ثم رأيت كلام الْقَفَّال هذا فحمدت الله تعالى.

وذكر الرَّافِعِي هنا عن صاحب «التلخيص» أنه يجوز للقاضي إقراض مال الغائب واليتيم وأقره وبيَّنا في كتاب الحجر أن الصحيح المنع وأوضحناه في «الْغَنِيَّة» أتم إيضاح.

قال الرَّافِعِي: أما ما لا يتعين له مالك وحصل اليأس من معرفته ذكر بعضهم أن للقاضي أن يبيعه ويصرف ثمنه إلى المصالح، وله أن يحفظه زادت «الرَّوْضَة»: هذا المحكي عن بعضهم فإنه يعرضه للنهب، بل ينبغي وجوبه إذا

....

غلب على ظنه متعين، وقد قال: به جماعة ولا يعرف خلافه، انتهى.

والأحوط عندي صرفه لا حفظه، فإنه يعرضه للنهب بل ينبغي وجوبه إذا غلب على ظنه أنه لو تركه لأكله ظالم أو جائر كما شاهدنا وسمعنا، فالتأخير لا معنى له مع اليأس الكلي من العثور على مالكه أو وارثه.

فَرْعٌ: هل للحاكم التصرف في مال اليتيم الغائب عن محل ولايته للاستنماء، وأن ينصب قيمًا لذلك؟

قال الرَّافِعِي: فيه وجهان عن القاضي الحسين؛ لأن نصب القيم مرتبط بالمال والمالك جميعًا فلو جاز النصب بحضور المال جاز لقاضي بلد اليتيم لحضور المالك وحينئذ يتمانع تصرفاتها.

قال: في «الوسيط»: والأول أن يلاحظ مكان اليتيم دون المال.

قلت: وقال في «الْبَسِيط»: تردد القاضي في هذا وقال: لست أبت فيه جوابًا، والمسألة محتملة، وهو ملخص من «النهاية» وصرح الغزالي وإمامه أن القاضي قال: لست أبت فيها جوابًا، ولم يصرحا عن غيره بشيء، وحينئذ ليس فيها إلا توقف القاضي وميله إلى ملاحظة بلد اليتيم ورجحه ابن الرِّفْعَة في «المطلب» والوجهان أخذا من تردد القاضي فيكون أحدهما: أن التصرف لقاضي بلد المال نظرًا إليه وهو بعيد؛ لأنه في غير ولايته، والثاني: لبلد اليتيم نظرًا إليه، والمجنون كاليتيم، وأما المحجور بسفهٍ، فإن كان قد نزح عن بلد ماله، وهو محجور عليه فهو كاليتيم فيما يظهر، وإذا كان الحجر طرأ عليه هناك، فالظاهر أن التصرف في ماله لقاضي وطنه بلا تردد، ويحتمل غيره وقد ينقدح فرق بين يتيم ونحوه كان في ولايته ثم نزح به وبين من لم يكن فيها أصلًا كما أشرنا إليه في السفيه.

وبالجملة فالمختار في اليتيم والمجنون والسفيه أن التصرف بالاستنماء في أموالهم لقاضي بلد إقامتهم؛ لأنه وليهم في المال والنكاح إلا الصغير فأشبه فيهما الأب والجد، وفي المال الوصي إذا كانا معه هناك، وحينئذ فلقاضي

....

وطنهم العدل الأمين أن يطلب من قاضي بلد المال إشخاصه إليه عند أمن الطريق وظهور المصلحة فيه ليتجر له هناك، أو يشتري له عقارًا ويجب على قاضي بلد المال إسعافه بذلك إذا ثبت عنده طلبه إياه وأهليته لتسلمه فيسلمه إلى ثقة يوصله إليه، وهذه المسألة تعم بها البلوى، ولم أرَ فيها سوى ما تقدم، وبالله التوفيق.

بَابُ الْقِسْمَةِ

قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ.

وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ: ذَكَرٌ حُرٌّ عَدْلٌ، يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ وَالْحِسَابَ، ....

الأصل فيها قبل الإجماع على أصلها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ﴾ [النساء: ٨] الآية، وقوله ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ**»(١) وقسم ﷺ وخلفاؤه الراشدون الغنائم وكان لهم ﷺ قسّام، وحاجة الخلق داعية إليها.

قال: (**قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ**) أي: بأنفسهم.

(**أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ**) أي: ونحوه كأمير الإقليم أو قاضيه؛ لأن الغرض يحصل بذلك كله.

قال: (**وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ**) أي: منصوب الإمام ونحوه.

(**ذَكَرٌ حُرٌّ عَدْلٌ**) لأنها ولاية ومن لم يتصف بذلك فليس بأهل للولاية؛ ولأنه يلزم كالحاكم من حيث إن الحاكم ينظر في الحجة ثم يجتهد ثم يلزم والقسّام يجتهد مساحة وتقديرًا ثم يلزم بالاقتراع.

قال: (**يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ**) أي: بكسر الميم.

(**وَالْحِسَابَ**) لأنهما آلة القسمة كما أن الفقه آلة القضاء، وحذف المصنف ذكر «المحرر» التكليف اكتفاء بشرط العدالة، وكان الأحسن أن يقول مقبول الشهادة إذ لا بدَّ من كونه ضابطًا بصيرًا.

وعبارة «التَّرْغِيب»: ومن كان من جهة القاضي يشترط فيه صفات القضاة وزيادة علم الحساب وكيفية القسمة، وهذا قضية كلام جماعة حيث جعلوه خليفة للقاضي، وقال: الجرجاني في «الشافي» يفارق منصوب الحاكم الحاكمَ

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن حبان (١١/ ٥٩٠، رقم ٥١٨٥)، والبيهقي (٦/ ١٠٣، رقم ١١٣٤٥)، وابن عساكر (١٢/ ٣٥٥).
حديث جابر: أخرجه الشافعي (١/ ١٨١)، والبيهقي (٦/ ١٠٤، رقم ١١٣٥٤).

....

في أربعة أشياء:

الأول: أن الحاكم يجب أن يكون مجتهدًا فيما إليه من أحكام القسمة.

والثاني: يجب أن يكون القاسم عارفًا بالحساب بخلاف الحاكم، أي: على الصحيح.

والثالث: أن الحاكم يكون واحدًا، وذكر التفصيل السابق عن العراقيين في القسّام.

والرابع: أن للحاكم أخذ الرزق من بيت المال دون الأجرة؛ لأن عمله مجهول كالإمام، وللقاسم أخذ الرزق وأخذ الأجرة منه؛ لأن عمله معلوم فجاز أخذ الأجرة عليه أيضًا كبناء القناطر والمساجد، واعتبر المَاوَرْدِي والْبَغَوِي وغيرهما أن يكون قليل الطمع نزه النفس حتى لا يرتشي فيما يلي ويخون، وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ويشترط أن يكون القاسم والكاتب عدلَيْن عاقلَيْن نزيهين عن الطمع والارتشاء، عالِمَيْن بالحساب.

وقال المَاوَرْدِي عند الكلام في صفة كاتب القاضي: إن الشَّافِعِي قال: في صفة الكاتب عالمًا بالكتاب لا يخدع وهذا صحيح؛ لأن القاسم أمين الحاكم فوجب أن يكون على صفات الكتاب من العدالة والأمانة واستعمال الأوصاف الأربعة، أي: المذكورة هناك، ويزيد عليها أن يكون عارفًا بالحساب والمساحة والقسمة، وأن يكون عارفًا بالقيم، فإن خفيت عليه القيمة لاختلاف الأجناس المقومة لم يعد ذلك تقصيرًا في صنعته ورجع الحاكم في الْبَغَوِي إلى غيره.

وقال: القاضيان أبو الطيب والبندنيجي: يستحب أن يكون عارفًا بقيم الأشياء التي يقسمها، فإن جهلها جاز ويرجع ويسأل مقومين عدلين عن قيمة ما يقسمه إذا أراد القسمة ومنعهما ابن الصباغ، وحكى القاضي الحسين وغيره في احتياج القاسم إلى معرفة القيم وجهين أرسلهما الشيخان، ومقتضى سكوت «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما عن ذكره يفهم أنه ليس بشرط، وهو الأقرب إلى كلام الجمهور.

....

تنبيهان:

أحدهما: قول المصنف: وشرط منصوبه يقتضي أنه لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء، وقد يفهم جواز نصبهم امرأة، ولم أره نصًّا بل المنقول أنهم إن لم يجعلوه حكمًا في ذلك جاز أن يكون عبدًا وفاسقًا صرح به العراقيون، ووجه بأنه نائب عنهم فيها ووكيل لهم، ولو اقتسموا هم جاز على كل حال فكذلك وكيلهم فيها.

قال القاضي أبو الطيب: غير أنه إذا قسم وأقرع بينهم لم يلزم القسمة حتى يتراضوا بها بعد الإقراع، وأشار الرَّافِعِي إلى أنه ينبغي أن يكون توكيل العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في البيع والشراء، وقد يفرق بتعلق العهدة به هناك، وإن كانوا قد حكموه في القسمة بينهم فعن العراقيين أنه يعتبر فيه صفات القاسم الذي ينصبه الحاكم بناء على جواز التحكيم.

وقال: ابن الصباغ بعد إيراده: وينبغي إذا قلنا: لا يلزمهم ـ أي: قسمته ـ إلا بتراضيهم ألا يشترط في الابتداء الحرية والعدالة.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيما قاله نظر بل لا ينبغي جواز ذلك، وإن قلنا: لا بدَّ من التراضي بعد القرعة؛ لأن القائل بهذا يجعل تمام التحكيم موقوفًا على هذا التراضي كما قال: بمثله في التحكيم في الأموال، وإن لم يلزم حكمه إلا بالرضا بعده وهو كما قال: رَحِمَهُ اللهُ.

ثانيهما: ما ذكرناه في منصوب الشركاء هو فيما إذا كانوا بأجمعهم مطلقين التصرف أما لو كان فيهم محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فقاسم عنه وليه أو وصيه أو قيمه حيث يجوز فلا بدّ في المنصوب أن يكون عدلًا بكل حال، ورأيت في «روضة الحكام»: إذا قسم الشركاء فليس للإمام أن يعين قاسمًا بغير رضاهم، فإن كان أحد الشركاء صبيًا أو غائبًا فتعين القاسم إلى الإمام، وكأن مراده في صورة الصبي ونحوه فيمن وليه القاضي، ويحتمل أن يجب على الوصي والقيم مراجعته لينصب قاسمًا بخلاف الأب والجد، وقد يؤيده قول الدَّارِمِي: إذا كان

فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ، وَإِلَّا فَقَاسِمٌ، وَفِي قَوْلٍ اثْنَانِ.

في الشركاء صبي أو مجنون أو مولى عليه فقسموا من غير أمر الحاكم أو الولي فباطل، وهذا المفهوم ظاهر إن أراد بالولي الأب والجد خاصة.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ**) أي: لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين كذا جزما به وكثيرون، وقضية ما قاله ابن الرِّفْعَة: إن الحاكم لو فرض لواحد سماع البينة بالتقويم وأن يحكم به أنه لا يكفي، وقد قال الإمام: إنه سائغ وعليه ينطبق ما سبق عن القاضي أبي الطيب وغيره في صفة القاسم، انتهى.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن في القسمة تقويم وقد أمر بها الحاكم.

(**فَقَاسِمٌ، وَفِي قَوْلٍ: اثْنَانِ**) مأخذهما أن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد.

قال الرَّافِعِي: والأصح الأول، وبه أجاب المعظم وقطع به قاطعون، ووراء ما ذكره طرق:

إحداها: إنه لا بد من اثنين من غير تفصيل، وبهذا صدر الدَّارِمِي كلامه، فقال: ولا يجوز إلا قاسمان.

والثانية: في اشتراط العدد قولان من غير تفصيل كالخرص، وبها أجاب ابْن كَجٍّ في كتاب الزكاة والفوراني هنا في «العمد».

والثالثة: إن كان المقسمون حاضرين رشدًا كفى واحد وإلا فاثنان، ذكرها الدَّارِمِي والماوردي تنزيلًا لاختلاف على ذلك، ونقل الإمام عن صاحب «التقريب»: إنه إن كان فيهم طفل أو مجنون فلا بدّ من اثنين وإلا فقولان، ولعلها التي قبلها ويحتمل أنها طريقة أخرى فإنه لم يذكر الغائب.

وفي «الذَّخَائِر»: وفي اعتبار العدد لأصحابنا أربع طرق:

إحداها: إن كان فيها تقويم وجب قاسمان، وإلا فقاسم، وهي طريقة العراقيين.

وثانيتها: إن كان فيها تقويم اشترط اثنان وإلا فقولان.

وثالثتها: نقل قولين بلا تفصيل يكفي واحد لا بد من اثنين إن تعلقت بصبي

....

أو مجنون اشترط اثنان وإلا فلا ، قال ابن الرِّفْعَة : وكلامه يفهم طرد الثالثة.

والرابعة: فيما فيه تقويم ولم أره لغيره، انتهى.

وما أفهمه كلامه هو قضية إطلاق من ذكرناه، ويعضده قول شُرَيْح الرُّويَانِي: ويجوز قاسم واحد على أحد القولين، وقيل: إن كان في القسمة رد فلا بدّ من اثنين، واقتضى كلامه ترجيح جريان القولين مطلقًا.

فَرْعٌ: إذا اكتفينا بواحد حيث لا تقويم، ولكن كان في القسمة خرص، قال العراقيون: فيه قولان، وقيل: وجهان: أحدهما: يكفي واحد وصححناه هناك، والثاني: لا بد من اثنين كالتقويم لشبهة به قال الإمام، وهو القياس، ولا يتجه بين التقويم والخرص فرق، فإن كل واحد منها يبني قوله على التخمين والحدس مع التمسك ببصيرة عنده، وصححه الفارقي كالتقويم، وفرق الأول بأن الخارص يجتهد ويعمل باجتهاده، فكان كالحاكم والمقوم يخبر بقيمة الشيء فهو بمنزلة الشاهد، وفي هذا الفرق نظر.

فَرْعٌ: إذا اكتفينا بواحد قبل الحاكم قوله وحده؛ لأنه خليفته كغيره من خلفائه، وإن لم يكتفِ بواحد فلا بدّ من اثنين، قاله المَاوَرْدِي والروياني.

قال: في «الْبَحْر»: ولا يفتقر القاسم إلى لفظ الشهادة، وقيل: فيه وجهان وليس بشيء وهو ما في «الإبانة» و«العمد» ثم ما مرَّ في العدد إذا كانت القسمة بأمر الحاكم كما أشرنا إليه، أما لو كان المفوض لهما الشركاء ففي «الْحَاوِي» و«الْبَحْر» وأشار إليه الرَّافِعِي أنهم يحملون في العدد على ما أنفقوا عليه من واحد فأكثر كما حملوا فيه اختيارهم القاسم، وإن لم يكن مختارًا ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم؛ لأنه ليس نائبًا عنه قالا: ولا يسمع شهادته؛ لأنه يشهد على فعل نفسه، وسيأتي ما في هذا إن شاء الله تعالى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: هل للقاضي أن يحكم ببصيرته في التقويم حكى في «الوسيط» طريقين:

أحدهما: أنه على القولين في قضائه بعلمه.

وَلِلْإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيُعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ، وَيَقْسِمُ.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن التقويم تخمين مجرد وللأولين أن يقولوا: إنه وإن كان تخمينًا فلا يبعد أن يقام ظنه مقام الشهادة المبنية على الظن، وأيضًا فقد مر أنه يعتمد في عدالة الشهودنه أنه يعتمد في على بصيرة نفسه، ومعلوم أن المستند فيه الظن، والطريق الثاني هو المذكور في الكتاب، والأول أشبه وهو اختيار الإمام فيما أظن. وقال في أصل «الرَّوْضَة»: فيه قولان كقضائه بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعًا، وعبارة «الشرح الصغير» كـ«الرَّوْضَة» وليس بجيد.

والذي في «النهاية»: له الاعتماد على بصيرته في التزكية مذهبًا واحدًا، وإن اختلف القول في القضاء بالعلم، ولو كان القاضي خبيرًا بمعرفة القيم فأراد بناء الأمر على بصيرته في التقويم، فالذي تلقيته من كلام الأصحاب شيئين: أحدهما: لا يسوغ وإنما اختلاف القول في القضاء بالعلم والتعيين المستدرك والقضاء في العدالة مستثنى عن قياس الأصول لاتساع النظر في التعديل والتجريح، وخروجهما عن الضبط، وليس التقويم كذلك، فإنه أمر قريب من الضبط والرجوع فيه إلى معرفة قيم الأمثال مع تداني الصفات.

ومن أصحابنا من جعل علم القاضي فيما يرجع إليه بالقيم خارجًا على القولين في القضاء بالعلم هذا لفظه واختصره ابن عبد السلام في «الغاية» فقال: وللحاكم أن يعول على بصيرة نفسه في التزكية، وليس له ذلك في القيمة، وخرجها بعضهم على القولين في القضاء بالعلم، انتهى.

وكذا قاله صاحب «التَّرْغِيب» وعبارة «الْبَسِيط» من الأصحاب من بناه على القولين في كذا، ومنهم من قطع بأنه لا يسوغ؛ لأنه إنما يقضي بعلمه، وهذا تجويز محض لا يقين فيه، انتهى.

وهذا منه ومن إمامه بناء على أن القضاء بالعلم لا يعتمد فيه الظن، وذلك ممنوع كما سبق بيانه، وبالجملة فقد بان أن ما ظنه الرَّافِعِي من اختيار الإمام ليس كما ظنه وأن الراجح عند الإمام طريقة القطع وليست براجحة.

قال: **(وَلِلْإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيُعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ وَيَقْسِمُ)**

وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، ....

أي: بنفسه (**وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ**) كما فعل عمر رضي الله عنه؛ لأنه من جملة المصالح، وله استئجاره بأجرة مقدرة، وأن يرزقه رزقًا راتبًا كالحاكم قاله جماعة.

وقال المَاوَرْدِي: إن كثرت القسمة رزقهم من سهم المصالح مشاهرة، وإلا أعطوا أجرة المثل سواء كانت من بيت المال أو من الملاك؛ لأنه إن كان من بيت المال فهو معد للمصالح، وليس منها أن يزاد على أجرة المثل، وإن كان من الملاك فإنهم لم يشترطوا شيئًا بأنفسهم حتى يلزمهم الشرط فلا يلزمهم بالشرع إلا أجرة المثل، وسواء كان قد شرط له أكثر من أجرة المثل أو أطلق فإنه لا يعطى زيادة عليها، انتهى.

ومراده إذا شرط له الإمام أو القاضي أكثر من أجرة المثل، وصرح الدَّارِمِي بأنه لا يجوز أن يراد من بيت المال على أجرة المثل، وقيل: لا يرزق القاسم من بيت المال؛ لأنه لا يحتاج إلى تفريغ النفس لذلك بخلاف القاضي.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي: ومهما كان في سهم المصالح من بيت المال، قال: يتفرغ لمؤنة القاسمين، فعلى الإمام أن ينصب في كل بلد قاسمًا، فإن لم تحصل الكفاية بواحد زاد بحسب الحاجة، وإن لم يكن فيه مال أو لم يتفرغ لهذه الجهة فقد ذكر في «آداب القاضي» أنه لا يعين حينئذ قسامًا لئلا يغالي في الأجرة، وأيضًا قليلًا بغرة بعض الشركاء فحيف بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا، انتهى.

وقال في «الذَّخَائِر» قال: أصحابنا: لا يجوز للإمام أن يخلي نواحي الإسلام عن قسام، كما لا يخليها من حكام لمسيس الحاجة إليهم في الأملاك، وهذا قضية كلام «النهاية» و«الْبَسِيط» ثم قال: ومن أصحابنا من قال: ينبغي ألا يكون للحاكم قسام راتب معين إذا كانوا مستأجرين.

وقال الْبَغَوِي في «التعليق»: الواجب على الإمام أن يبعث إلى كل بلد من بلاد المسلمين قاسمًا القدر الذي تقع بهم الكفاية فلوقعت لهم الكفاية بواحد

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأُجْرَتُهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ، ....

فهل يكفي أم يعتبر فيه اثنان؟ قولان كالخارص، وأما المقوم فلا بدّ من اثنين كالمزكي، انتهى.

فاقتضى كلام هؤلاء وجوب نصب القسام، واقتضى سياق «الذَّخَائِر» و«النهاية» أن الوجوب على إطلاقه على الصحيح سواء كان في بيت المال ما يرزق منه القسام أم لا، وقضية كلام جماعة أن نصب القسام مستحب ليس بواجب، وعبارة بعضهم: الأولى له أن ينصب والفرق بينه وبين القضاة ظاهر فإنه أجير من الإجراء؛ فأشبه الوزان والكيال بخلاف الحاكم، ولهذا له أخذ الأجرة حيث لا رزق له بخلاف المزكي والحاكم على المذهب الذي أورده المراوزة هنا.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: قال أصحابنا كما حكاه صاحبا «التهذيب» و«الْكَافِي» وغيرهما: لا يجوز للإمام أن يخلي نواحي الإسلام من قسام تحصل بهم الكفاية كالحكام.

ورأيت في «تعليق» القاضي أبي الطيب: إنه يستحب للإمام أن يتخذ قسامًا، وهذا إذا كان رزقه من بيت المال فلو لم يكن، فلا ينبغي أن يجعل له قسامًا بل يدع الناس يستأجرون من يختارونه، وهل هذا على أوجه الوجوب أو الندب؟ الكلام فيه كما قدمناه في اتخاذ الكاتب كما صرح به الأصحاب، انتهى.

وذكرنا ثم ما أشار إليه وزيادة.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: وإذا لم يرزق القاسم من بيت المال لم يجز له أن يعين واحدًا للقسمة؛ لأنه إذا لم يرزق ويعين فغالى في الأجرة فيتضرر به أرباب الأملاك، انتهى.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ**) أو كان ولكن كان مصرف لهم من ذلك.

(**فَأُجْرَتُهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ**) أي: إذا لم يجدوا متبرعًا؛ لأنه يعمل لهم.

قالوا: وخالف القاضي حيث تمتنع عليه الأجرة على الحكم؛ لأن القضاء حق لله تعالى بخلاف القسمة، وهذا يفهم أنهم لو طلبوا من القاضي أن يقسم

....

بينهم أن له طلب الأجرة على القسمة إذ عليه الحكم لا القسم وفيه وقفة، ويشبه أن يجري فيه ما سبق من طلبه الأجرة على التسجيل لا سيما إذا لم يكن من يعرف القسمة غيره.

وفرَّق المَاوَرْدِي بما سبق وبان للقاسم عملًا يباشره بنفسه فصار كصانع عمل، والقاضي مقصور على الأوامر والنواهي التي لا يصح الاعتياض عنها.

وفي «الْبَحْر» فرق ثالث وهو أن القضاة يعملون للشرع وينوبون عن كافة المسلمين، فإن الحكم فرض كفاية، وليست القيمة فرض عين ولا كفاية، انتهى.

تَنْبِيهٌ: عبارة «المحرر»: فإن لم يكن فيه مال أو لم يتفرغ فأجرته على الشركاء وهي أحسن، ولا خفاء أن منع الظلمة منه مع الكمية كعصرنا تجعله كالعدم، ولا فرق بين كون الأجرة على جميعهم بين إن طلبوا كلهم القسمة أو بعضهم، وقيل: إن الأجرة على الطالب كمذهب أبي حنيفة.

وقال الدَّارِمِي: إن طلبوا معًا فعليهم أو بعضهم قيل: عليهم، وقيل: على الجميع.

وقال ابن القطان: بنى على جدارين بين رجلين هل يجبر على البناء؟

وعندي لا يبني على هذا؛ لأن القسمة تجبر عليها قولًا واحدًا إذا كان مما يمكن ولكن من طريق آخر، انتهى.

ولا فرق بين كون شريك الطالب بينهما ونحوه أو لا.

وفي «الْحَاوِي» وغيره: إنه إن كان يتيمًا وعليه ضرر في القسمة.

قال الشَّافِعِي: فِي نَفْسِي مِنْ أَنْ أَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئًا وَهُوَ مِمَّنْ لَا رِضَا لَهُ شَيْءٌ.

قال: واختلفوا في إشارته، فقيل: أشار إلى أصل القسمة؛ فخرجت على وجهين: ثانيهما: يجاب عنه الطالب، وبه أجاب الْفُورَانِي والإمام، وقيل: أشار إلى أجرة القسمة فتكون في لزوم الأجرة؟

فَإِنْ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلٌّ قَدْرًا لَزِمَهُ، ....

له وجهان:

أحدهما: إنه كغيره.

وثانيهما: يقول الحاكم للطالب: إن أردت القسمة فالتزم المؤنة، وهو الجواب في «العدة» و«روضة الحكام».

وقال: الْفُورَانِي: إنه أصح القولين.

وفي «الْبَحْر»: إنه اعتبار أكثر أصحابنا بخراسان وضعفه الإمام وقال: إنه لا أصل له، وأن من القائلين به من طرده، وإن لم يكن ضرر في القسمة وطلب من وليه القسمة قال: وهذا على نهاية الضعف.

قال: **(فَإِنْ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلٌّ قَدْرًا لَزِمَهُ)** أي: سواء قل أم جل اعتبارًا بالتزامه، نصَّ عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

قال الإمام الرَّافِعِي وغيره: وهو واضح إن فرض اجتماعهم على الاستئجار بأن قالوا: استأجرناك ليقسم كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان، وثلاثة على فلان، أو وكلوا من عقد لهم، وإن فرضت عقود مترتبة فقد ذكروا فيه إشكالًا وهو أن الشركاء إن كانوا ثلاثة مثلًا فعقد واحد لإقرار نصه ثم الثاني لذلك فعلى القسام إقرار النصين، فإذا أفرزهما تميز نصيب الثالث فعقده إذًا على عمل مستحق على الأجير، وأجاب عنه القاضي الحسين بأن إفراز النصيبين من غير عمل في النصيب الثالث بالمساحة والتخطي فيه مما لا يتأتى فيقع استئجار الثالث على ذلك، ولم يرفض الإمام هذه المعارضة سؤالًا وجوابًا؛ لأنهما معًا مبنيان على استقلال بعضهم باستئجار قسام لإقرار نصيبه ولا سبيل إليه إلا برضاهم نعم؛ يجوز انفراد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصلًا ووكيلًا ولا حاجة إلى عقد الباقين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد منهم بالتراضي فذاك، وإن أطلق جاء الخلاف الآتي في كيفية التوزيع، انتهى الكلام في قسمة التراضي.

أما قسمة الإجبار القسام يتصرف في نصيب الممتنع بأمر القاضي، وفي «الْبَحْر»: إنه لو قال: أجرت نفسي منك لإفراز نصيبك، وهو النصف من هذه

وَإِلَّا فَالْأُجْرَةُ مُوَزَّعَةٌ عَلَى الْحِصَصِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ.

الدار على كذا صح إن رضي الباقون بالقسمة، أو كانت بحيث لا تحتاج إلى رضاهم، فإن احتاجت إليه ولم يرضوا بعد فعقده فاسد في نصيب هذا.

قال: (**وَإِلَّا فَالْأُجْرَةُ مُوَزَّعَةٌ عَلَى الْحِصَصِ**) أي: وإن استأجروه وسموا له أجرة وأطلقوا التسمية، فأجرته موزعة على مقادير الحصص؛ لأنها من مؤن الملك، فأشبهت النفقة.

(**وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ**) لأن العمل في النصيب القليل كهو في الكثير إذ لا يتميز أحدهما إلا بالعمل فيهما، وقد يكون العمل في اليسير أكثر منه في الكثير هذه طريقة ذكرها المراوزة، وطريقة العراقيين الجزم بالقول الأول، وهو المنصوص.

قال ابن الرِّفْعَة: وهي أصح باتفاق الأصحاب، وصححهما في «الرَّوْضَة» إذ قد يكون له سهم من ألف سهم، فلو ألزم نصف الأجرة فربما استوعبت فيه نصيبه، وهذا مدفوع في العقود، وعجب قول القاضي الحسين: إن القولين هنا مبنيان على أن الشفعة تقسم على الأنصباء أو الرؤوس.

وقوله: ثم إن القولين في الشفعة مبنيان على هذين القولين هنا، وفرق القاطعون هنا بأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر وقطع ضرر الدخيل، وضرر صاحب اليسير كضرر صاحب الكبير، فاستويا في قدر الشفعة، وأجرة القاسم ليتحقق بالعمل، والعمل لصاحب الكبير أكثر؛ فإنه يكيل لصاحب العشر مرة ولصاحب الباقي تسع مرات، وفي الأرض إذا فرغ من العمل والتمييز يعلم أن الذي وقع في أكثرهما أكثر، فإنه إذا زرع زرعًا كان سدسه لصاحب السدس مثلًا وباقيه لصاحب الباقي، فوجب أن تختلف الأجرة باختلاف الأنصباء، وإن كان العمل لا يتميز ألا ترى أنهما لو استأجرا راعيًا ليرعى لهما مائة شاة بينهما ولأحدهما عشرها فإن الأجرة تكون على الأنصباء، وإن كان حفظ العشر لا يحصل إلا بحفظ الجميع ومراعاته، هكذا قاله القاضي أبو الطيب.

وقال الرَّافِعِي بعد إيراده الطريقين: وعلى هذا الخلاف ما إذا استأجروا

ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْ خُفٍّ إِنْ طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمْ الْقَاضِي، وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنْفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ ....

القاسم استئجارًا فاسدًا فقسم أن أجرة المثل كيف توزع؟

وكذلك إذا أمروا قسامًا فقسم ولم يذكروا أجرة، وقلنا له أجرة المثل، ويطرد هذا الخلاف في قسمة الإجبار إذا أمر القاضي قسامًا فقسم.

تَنْبِيهٌ: للمسألة حالان:

إحداهما: أن يستأجره الشركاء بعقد واحد بأجرة مطلقة فيستحقها عليهم، فإن استأجروا اثنين استحقا المسمى الصحيح، وهل يقتسماه نصفين اعتبارًا بالعدد أو على قدر أجرة مثليهما اعتبارًا بالعمل؟ فيه وجهان، وإن استحقا أجرة المثل لفساد المسمى أو غيره فلكل أجرة مثله قطعًا قاله المَاوَرْدِي.

الثانية: أن يكون الحاكم قد أمر بالقسمة ولم يسم للقسام شيئًا، قالا في «الْبَحْر» و«الْحَاوِي» فله أجرة المثل، وإن كان المقسمون دعوه إليها فأوجه:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي أنه لا أجرة له، وذكرا الأوجه الثلاثة المشهورة فيما إذا لم يسم المستصنع للصانع أجرة أصلًا ولا عرض له بها، وقد قدمنا فيها وجوهًا خمسة أو ستة، وأشار الرَّافِعِي هنا إلى جريانه.

وفي «حلية» الرُّويَانِي هنا أن غير المرتزق يستحق عليهم الأجرة في مسألتنا في أصح القولين للعادة، وكلام جماعة يفهم أن منصوب الحاكم غير المرتزق يستحق عليهم الأجرة، وإن سألوه القسمة بأنفسهم.

قال: (**ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْ خُفٍّ إِنْ طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمْ الْقَاضِي، وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنْفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ**) عبارته تفهم أو توهم أن يمنعهم من كسر السيف، وليس كذلك على ما جزما به.

وعبارة «المحرر»: أما ما يعظم الضرر في قسمته كزوجي الخف وكالجوهر النفيس بكسر، والثوب الرفيع بقطع، فإن طلب أحد الشريكين أو

....

الشركاء قسمته فلا يجاب إليها، ولو التمسوا جميعًا من القاضي قسمته لم يجبهم إليها أيضًا لكن لا يمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم إذا لم تبطل المنفعة بالكلية كالسيف بكسر، أي: فلا يمنعهم من كسره؛ لأن منفعته لا تبطل بالكلية، وكذلك كل ما لا تبطل منفعته بالكلية بالكسر، فحذف «المنهاج» لفظة: (بالكلية) ليس بجيد.

وعبارة الرَّافِعِي: وإن تراضوا بالقسمة في مثل ذلك والتمسوها من القاضي، فإن كانت المنفعة تبطل بالكلية لم يجبهم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم أيضًا؛ لأنه سفه، وإن كانت لا تبطل المنفعة بالكلية كالسيف بكسر فلا يجبهم في أصح الوجهين، لكن لا يمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم، وأحسن في «الرَّوْضَة» فقال: فإن بطلت المنفعة بالكلية لم يجبهم ويمنعهم، وإن نقصت كالسيف بكسر لم يجبهم على الأصح لكن لا يمنعهم لكن لا يمنعهم.

وقال ابن الرِّفْعَة في «كفايته»: وفي الرَّافِعِي أنهم إذا التمسوا قسمة ما فيه ضرر من القاضي، فإن كانت المنفعة تبطل بالكلية كالسيف بكسر فلا يجبهم في أصح الوجهين لكن لا يمنعهم، قال: في «الْبَحْر»: وهو اختيار القاضي الطبري، وهو ظاهر المذهب، انتهى.

فسقط عليه أو على الناسخ من قول الرَّافِعِي: أولًا بالكلية إلى قوله: ثانيًا بالكلية، وهو كذلك في نسخ منه، والصواب عنه ما سبق، وقضية كلام الدَّارِمِي: إنه يمنعهم من كسر السيف ونحوه حيث قال: وإن كان بينهم جوهرٌ أو لؤلؤٌ أو سيفٌ ونحو ذلك لم تجز القسمة مراضاة ولا إجبارًا.

ونحوه قول إبراهيم المروزي: وكذلك السيف والإناء الواحد تجوز قسمته؛ لأنه يضيع المال، وإن تراضيا والصحيح ما سبق وبه جزم المَاوَرْدِي، ومفهوم كلام «التَّنْبِيه» وغيره: إنه لا منع من القسمة بالتراضي، وإن تعطلت المنفعة بالكلية، والمنقول في «الْحَاوِي» وغيره امتناع قسمة الجوهرة، وكل ما يتلف بالقسمة وإن وجد التراضي المنهي عن إضاعة المال، قال المَاوَرْدِي: وإنه سفه يستحق به الحجر.

....

قلت: وجزم الشيخ إبراهيم المروزي وأنه لا يجوز قسمة الثوب الرقيق الذي تنقص قيمته بالقطع نقصًا متفاحشًا وإن تراضيا، ثم قال: وكذلك السيف إلى آخر كلامه السابق، وذلك أن يكون إنما يكون ذلك تضعيفًا للمال إذا لم يكن لهم في قسمته أغراضٌ صحيحة مقصودة بأن يريد كل واحد أن يكسوا أهله أو ولده بما يخصه منه وهو مما يكفيه أو يتمم به ثوبًا ناقصًا عنده من نوعه، وسبق في بيع ذراع منه كلام ينبغي مراجعته، ويشبه أن يلحق بالتلف بالكلية كسر الزجاج النفيس والخزف الصيني ونحوه، وكذا ما بقي له منفعة نافعة كالخزف الخسيس وأقداح الخشب والقصاع وحجر الرحى ونحوها، وأما كسر السيف فإن كان نفيسًا منعوا منه أو خسيسًا لثلمه أو رداءة حديده بحيث تتقارب قيمته مكسورًا أو غير مكسور فلا يمنعهم منه قطعًا ويجيبهم إلى قسمته كالكرباس الخسيس، ولهم في قسمته أغراض صحيحة كاتخاذه مدى ونحوها.

وأما الجوهر فإن كان عددًا يتصور قسمته بلا كسر فلا منع منه بالتراضي قطعًا، وأما إذا لم تتأت قسمته إلا بكسره كالواحدة فينظر إن كان لهم غرض صحيح في كسره لاستعماله في دواء أو كحل فلا منع منه كما لو كان لواحد وأراد كسره لذلك، وأما اللؤلؤ الصغار جدًا الذي لا يتفاوت أفراده تفاوتًا معتبرًا، بل النظر فيه إلى الوزن كالذهب فيجابون إلى قسمته وكذلك ما نقص نقصًا محتملًا فلا منع منه عند التراضي على المختار، وذلك كالثوب النفيس ومصراعي الباب وزوجي الخف والنعل ونحوها؛ لأنه يبقى له مالية معتبرة وقد يضم إليه مثله في الحال باستصناع أو شراء نعم؛ لا يجابون إلى قطع فرد الزوجين منه في الخف ونحوه، وأما مصراع الباب فإن كان يفصل من غير كسر فلا منع وإلا ففيه وقفة، ويشبه أن يفصل بين النفيس منه كالصندل فيمنع منه وبين الخسيس فلا؛ لأنه كالحطب وينبغي أن ينظر إلى القصد المعتبر لهم وعدمه هذا ما ظهر نقلًا وبحثًا.

وفي «الْحَاوِي»: إن الثوب الواحد إذا اختلفت قيمته لاختلاف نقوشه وألوانه يقسم اختيارًا لا إجبارًا، وإن تماثل ولم يختلف ولم تنقص قيمته بقطعه

وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ الْمَقْصُودُ كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ لَا يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ فِي الْأَصَحِّ،

ففي قسمته إجبارًا وجهان بناهما الْفُورَانِي على بيع ذراع منه، وفي «الْبَحْر»: إن قيمته إن نقصت بالقطع لم يجبر الممتنع وإلا فوجهان، وعن ابن سلمة أنه قال: يجوز بكل حال كذا ذكره ابن الرِّفْعَة، وهو مبني على أن الضرر المنظور إليه إنما هو نقص القيمة كما سيأتي.

قال: (**وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ الْمقصُودُ**) أي: منه.

(**كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ لَا يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ**) أي: جبرًا.

(**فِي الْأَصَحّ**) أي: عند الإمام.

وفي «الْبَسِيط»: إنه المذهب وبه جزم في «الإبانة» وشرط مع ذلك ألا تنقص القيمة أيضًا ووجه بالحديث المشهور: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[1].

وفي ضبط الضرر المانع من الإضرار على القسمة وجوه:

أحدها: ما صححه المصنف وبسطه أنه إن أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، فإن كان المقسوم مزرعة أمكن الزراعة في كل حصة، أو دارًا أمكن السكن فيما يقسم قال الإمام، وإن كان بتحديد مرافق ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجه آخر لعظم التفاوت بين أجناس المنافع.

وثانيها: إنه الذي يبقى منتفعًا به بعد القسمة بوجه، وقد يؤيده ما نقله الْبَنْدَنِيجِي عن النص أنه إذا كان ينتفع كل منهم بما يصير إليه أجبرهم.

وثالثها: إنه الذي لا تنقص قيمته نقصانًا فاحشًا بأن تكون قيمة الدار مائة فتعود بالقسمة قيمة كل نصف إلى ثلاثين.

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه أحمد (١/ ٣١٣، رقم ٢٨٦٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٤، رقم ٢٣٤١) قال البوصيري (٣/ ٤٨): هذا إسناد فيه جابر (يعني الجعفي) وقد اتهم. والطبراني (١١/ ٢٢٨، رقم ١١٥٧٦).
حديث عبادة بن الصامت: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤، رقم ٢٣٤٠)، قال البوصيري (٣/ ٤٨): هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع. والبيهقي (٦/ ١٥٦، رقم ١١٦٥٧).
حديث ثعلبة بن أبي مالك: أخرجه الطبراني (٢/ ٨٦، رقم ١٣٨٧).

فَإِنْ أَمْكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ. أُجِيبَ، ....

قال الْبَنْدَنِيجِي: وهذا ما صار إليه عامة الأصحاب والشيخ ـ يعني شيخه أبا حامد الإسفراييني ـ وادعى الإمام أن العراقيين زيفوه.

وفي «الذَّخَائِر» بعد البسط: فتحرر في المسألة أربعة أوجه:

أحدها: يعتبر نقصان القيمة.

الثاني: نقصان المنفعة الأولى التي كان عليها.

الثالث: وجود نقص في قيمته أو منفعته فأيهما وجد كفى في المنع، قال: الشاسي، يعني في «الحلية»: وهو الأشبه.

الرابع: نقصان المنفعة على الجملة، انتهى.

وقضية إطلاقه وغيره تفهم أنه لا فرق بين نقص القيمة القليل والكبير، فإن صح كان مغايرًا لنقل الْبَنْدَنِيجِي، وفي «الوسيط» نقل وجه أن المعتبر أن تبقى تلك المنفعة من غير تضايق كالدار الضيقة وعرصة الأرض.

قال ابن الرِّفْعَة: وعليه ينطبق قول المَاوَرْدِي أن ظاهر مذهب الشَّافِعِي أن النقصان الذي يحصل به الضرر المانع من القسمة نقصان المنفعة، انتهى.

وكلامه يشعر بأن هذا وجه آخر سوى ما سبق وفيه نظر.

قال: (**فَإِنْ أَمْكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ أُجِيبَ**) إذا أمكن جعل الحمام حمامين والطاحون طاحونين، وهكذا أجبر الممتنع هكذا جزما به تفريعًا على ما رجحاه.

قال الرَّافِعِي: فإن كان يحتاج إلى إحداث مستوقد أو بئر فوجهان: أحدهما: لا يجبر الممتنع لتعطل المنفعة إلى إحداث ما يحتاج إليه، وأشبههما: الإجبار لتيسر التدارك بأمر قريب.

قلت: إنما تيسر ذلك إذا كان ما يريد إحداث ذلك فيه يلي أرضًا له أو مواتًا، أما لو كان يلي وقفًا أو شارعًا أو ملكًا لمن لا يسمح ببيع شيء منه فلا، وحينئذ يجزم بنفي الإجبار ولانتفاء ما ذكره على أن في الطاحون والحمام آلات لا يمكن قسمتها كأحجار الطحن وآلاتها إذا كانت وترًا، وقدرة الماء فإنه لا يأتي قسمتها إلا بكسرها وذلك يذهب معظم قيمتها، وإن خص أحدهما

وَلَوْ كَانَ لَهُ عُشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى، وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَالْأَصَحُّ إجْبَارُ صَاحِبِ الْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ.

به عظم الضرر على صاحبه، وقسمة الرد لا إجبار فيها فتأمله.

ولعل لأجل ما ذكرنا أطلق المَاوَرْدِي وغيره القول بأنه لا إجبار في قسمة الحمام من غير فصل بين كبير وصغير، وقال المَاوَرْدِي في موضع آخر: فإن قيل: هل تكون قسمة الإجبار في الحمامين المتماثلين على قياس الحيوان والثياب؟ قيل: خرج بعض أصحابنا بناء ذلك على وجهين كالحيوان والثياب، وفرق بين قسمة الدارين حيث لم يقع في إفرادهما إجبار ووقع في قسمة الحمامين إجبار بأن كل واحدة من الدارين يمكن قسمتها إجبارًا فلم يقع في إفرادهما إجبار والحمام الواحد لا يقع في قسمته إجبار فجاز أن يقع في إفرادهما بالقسمة إذا اجتمعا إجبار.

وقال: ابن سُرَيْج: لا يقع في قسم الحمامين إجبار كما لم يقع في قسم الواحد وفرق بين الحمامين والحيوان، فإن بناء الحمام يمنع من قسمة أرضه والحيوان أصل في نفسه، انتهى.

واقتضى كلام الرَّافِعِي وغيره الإجبار على قسمة البئر وبه صرح غيره حيث اتسعت وجُعلت بئران. وعن «المهذب» وغيره يلزم قسمته وبه جزم المَاوَرْدِي، ويؤيد ما قدمناه قول «روضة الحكام» أنهما لو اقتسما دارًا فلم يكن لأحدهما طريق ولم يقدر على طريق قال: أصحابنا لا تصح القسمة، وإن كان له حائط يقدر على فتح باب داره فيه جازت القسمة.

وقال: بعضهم: هذا إذا قلنا القسمة بيع، وقلنا لا يجوز بيع دار لا ممر لها فأما إذا قلنا القسمة إفراز حق جاز، انتهى.

قال: (**وَلَوْ كَانَ لَهُ عُشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى، وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَالْأَصَحُّ إجْبَارُ صَاحِبِ الْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ**) إذا ضرت القسمة أحدهما دون الآخر وفيه صورتان:

الأولى: أن يطلب صاحب الأكثر القسمة؛ لأنه ينتفع بسكن ما يحصل له،

....

إما لاتساعه أو لضيقه، ومجاورته لملكه بحيث إذا أضيف إليه انتفع بهما جميعًا، ولم يوجد لصاحبه مثل ذلك، ففيه طريقان:

أحدهما: وعليها اقتصر في «التَّنْبِيه» والرافعي وأكثر المراوزة في إجابته وجهان أصحهما: إجابته، وهو كما قال: في «الْبَحْر» المنصوص، والثاني: المنع لما فيه من إضرار صاحب العشر مثلًا.

والثاني: القطع بالأول، ونسب إلى العراقيين، وهي الجواب في «تعليقي» القاضيين أبي الطيب والبندنيجي.

وفي «الشامل» و«المهذب» وغيرها قالوا: لأنه طلب حقًّا له ينتفع به؛ فوجبت إجابته، وإن أضر ذلك بصاحبه كما يطالب الغريم بدينه، وإن لم يملك غيره ويتضرر بدفعه إليه.

والثانية: أن يطلب القسمة صاحب العشر مثلًا وحاله كما بيناه، فطريقان أيضًا:

أحدهما وأشهرهما كما قال الإمام: القطع بمنع إجابته؛ لأنه مضيع لماله ومتعنت، وبها أجاب في «التَّنْبِيه» وجمع من المراوزة فنسبت إليهم.

والثاني: وهي ما أورده معظم العراقيين فيه وجهان: المذهب منهما المنع، قال الإمام: إجراؤهما في حق صاحب القليل من جهة أن يقول: إن أبطل حقي وأنت لا تتضرّر ضررًا معتبرًا فما عليك فأجبني ولا تشقق علي فإني مطلق التصرف في حصتي، وهذه الطريقة لا بأس بها والأشهر الأولى، انتهى.

وفي تعليلهم المنع بأنه مضيع لماله ومتعنت ما يفهم بأنه إذا لم يكن له غرض صحيح بأن يضم ذلك إلى ملك له يجاوره أو لا يكون كذلك ولكنه ينتفع بنقص نصيبه بأن يبني به أو يبيعه لنفاسته، وعدم نقص له بال يقع في قيمته أنه يجاب لفقد العلة المذكورة إشارة قيد قوله دون عكسه لما أشرنا إليه.

فَرْعٌ: فرعوا في حال كون الضرر على الممتنع أنه لو كان بين أربعة أرض أو دار ونحوها لواحد نصفها ولكل واحد من الباقين السدس، ولا ضرر في

وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ قِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ: أَحَدُهَا بِالْأَجْزَاءِ كَمِثْلِيٍّ وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ الْأَبْنِيَةِ، وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ الْأَجْزَاءِ فَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ ....

قسمتها نصفين وفي قسمتها أسداسًا بمن له سدس وطلب صاحب النصف القسمة أن الثلاثة بالخيار بين أن يفرد لهم النصف مشاعًا، وبين أن يفرد لكل واحد سهمه.

قالوا: وهذا معنى قول الشَّافِعِي: وأقول لمن كره القسمة لقلة حصصهم: إن شئتم جميعًا حقوقكم وكانت مشاعة بينكم، وإذا رضوا بقسمتها نصفين ثم أراد واحد من الثلاثة إفراز نصيبه لم يجب إليه؛ لأن هذه القسمة ضررها يلحق الجميع، ولو طلب الثلاثة من صاحب النصف أن يقاسمهم فترك لهم نصفًا مشاعًا ويأخذ النصف أجيبوا قاله الإمام والروياني وغيرهما، ولو كان الملك بين عشرة فطلب خمسة منهم القسمة ليكون النصف بينهم يجابون، وقس على هذا.

فَرْعٌ: إذا قلت الأرض لم تقسم وإن كانت تنقسم وطلباها قسمت، وإن طلباها وكانا ينتفعان بما يحصل لهما أجير الممتنع، وكذا إن كان الممتنع ينتفع وإن كانا لا ينتفعان بما يحصل لهما لقلته لم يقسم وإن تراضيا، انتهى.

وقوله: وكذا إن كان الممتنع ينتفع، لعل صوابه لا ينتفع فأغفل ناقل لفظة: (لا).

قال: (**وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ قِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ: أَحَدُهَا بِالْأَجْزَاءِ كَمِثْلِيٍّ**) وقد فسره في كتاب الغصب، ويشترط في الحبوب كونها سليمة والنقد كونه خالصًا، فإن الحبوب المعيبة معدودة من المتقومات وكذلك النقد المغشوش، ويظهر أثر ذلك فيما إذا جعلنا القسمة بيعًا وفي حكم المثلى الثوب الغليظ الذي لا تنقص قيمته بالقطع، وكذا كل متساوي الأجزاء حتى اللبن المسبوك في قالبٍ واحد لا متفاوت الأشكال لتفاوت القوالب ففيه الخلاف الآتي في قسمة التعديل، وهذا النوع يسمى قسمة المتشابهات.

قال: (**وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ الْأَبْنِيَةِ، وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ الْأَجْزَاءِ**) أي: وما في معناهما.

(**فَيُجْبَرُ الْممتَنِعُ**) أي: سواء تساوت السهام أم لا لينتفع الطالب بماله على

فَتُعَدَّلُ السِّهَامُ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ ذَرْعًا بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ اسْتَوَتْ، وَيَكْتُبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمَ شَرِيكٍ أَوْ جُزْءًا مُمَيَّزًا بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُهَا مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا رُقْعَةً عَلَى الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الْأَسْمَاءَ ....

الكمال ويتخلص من سوء المشاركة، وعن ابن هريرة: «إنه لا إجبار في المتفاوتة» وأحسب قوله في غير المثلى.

قال: (**فَتُعَدَّلُ السِّهَامُ كَيْلًا**) أي: في المكيل (**أَوْ وَزْنًا**) أي: في الموزون.

(**أَوْ ذَرْعًا**) أي: في المزروع كالأرض المتساوية.

(**بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ اسْتَوَتْ**) أي: كما لو كانت بين ثلاثة أثلاث فجعل ثلاثة أجزاء متساوية.

قال: (**وَيَكْتُبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ**) أي: وتؤخذ ثلاث رقاع متساوية، ويكتب في كل رقعة.

(**اسْمَ شَرِيكٍ أَوْ جُزْءًا مُمَيَّزًا بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ**) أي: أو غيرهما كما قالاه.

(**وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ**) أي: وزنًا وشكلًا من طين مجفف أو شمع، ويجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج فإن كان صبيًا أو أعجميًا كان أولى، وإنما ذكروا تسوية البنادق؛ لأنه لو اختلف قدرها لسبقت الكبيرة إلى اليد فيجرح، وفيه ترجيح لصاحبها، وهذه التسوية من طريق الوجوب أو الاحتياط فيه تردد للشيخ أبي محمد واختار الإمام الثاني، وبه جزم الغزالي، وسيأتي في باب الإقراع زيادة إيضاح في ذلك.

قال: (**ثُمَّ يُخْرِجُهَا مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا**) كذا قال: بضمير مؤنث مفرد.

وعبارة «الرَّوْضَة» وأصلها ما قدمناه قيل: فكان ينبغي أن يقول: من لم يحضرهما قلت: وكان مراده من لم يحضر هذه الأمور إلا الكتابة.

وعبارة «المحرر»: من لم يحضر ذلك وهي أحسن، وما أحسن قول «الْبَسِيط»: ثم يطرح في حجر من لم يشهد تفصيل الأمر ليكون أبعد عن الميل، وهذا التفصيل احتياط وليس باشتراط، والغرض ألا يصدر التعيين عن معرفة.

قال: (**رُقْعَةً عَلَى الجزءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الْأَسْمَاءَ**) أي: في الرقاع.

فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ، أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءَ، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ جُزِّئَتْ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السِّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ، وَيُحْتَرَزُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةِ وَاحِدٍ.

(فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ) ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يلي الأول فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، وتعين الثالث للثالث، وقس بهذا المثال.

قال: **(أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءَ)** أي: وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء أخرج رقعة باسم زيد ثم أخرى باسم عمرو، ويتعين الجزء الثالث للثالث ويتعين من يبدأ به من الأجزاء أو الشركاء منوطًا بنظر القسام فيقضي أولًا على أي طرف شاء ويسمى أي شريك شاء.

قلت: ويتخيل أنه يفرغ للتسمية أولًا ولا سيما لو قال: واحد منهم: ابدأ باسمي.

قال: **(فَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ جُزِّئَتْ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السِّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ، وَيُحْتَرَزُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةِ وَاحِدٍ)** قيل: قوله كما سبق يعطي أنه يكتب اسم شريك أو جزء كما سبق، وذلك خلاف المذهب، فإنه قال في «الرَّوْضَة»: المذهب أنه لا يكتب عند اختلاف الأنصباء الأجزاء، بل يكتب أسماء الشركاء وجوبًا أو على الأولى.

قلت: هذا الاعتراض فاسد؛ لأنه إذا كان الأرجح أن الخلاف الآتي في الأولوية في الجواز صح التخيير، واستمر كلام «المنهاج» على الصحة.

قال الرَّافِعِي: ما حاصله بعد ذكره صورة الكتاب، وأنه يجعل الأجزاء ستة، ثم النص أنه يثبت أسماء الشركاء في رقاع ويخرج الرقاع على الأجزاء، وقال في العتق على رقعتين رق وعلى رقعة حرية، ويخرج أسماء العبيد ولم يقل: يكتب أسماء العبيد فقيل: فيهما قولان: ففي قول: يخرج اسم الشركاء والعبيد، وفي قول: تثبت الأجزاء هنا والرق والحرية هناك، وعامتهم فرقوا وقالوا: سلك في العتق ما شاء من الطريقتين، وهاهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع؛ لأنها لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب

....

السدس الجزء الثاني أو الخامس فيفرق ملك أحد صاحبيه، وأيضًا ففي «المهذب» أي: وغيره أنا لو فعلنا ذلك ربما يخرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول: أخذه وسهمين قبله، ويقول الآخران: بل خذه وسهمين بعده فيفضي إلى التنازع، وهذا الخلاف في الجواز أو الأولوية عبارة كثيرين من شيوخنا يشعر بالأول، وذكر طائفة منهم الإمام والغزالي أنه في الأولوية وهو الأولى، أي: لأن كل مسلك أفضى إلى المقصود أجزأ، وحصل به الغرض.

قال: وسنوضح ما يحترز به عن تفريق الملك، وذكر ما سقته في «الْغَنِيَّة» بطوله ثم قال: ولك أن تقتصر على ثلاث رقاع وتكتب في إحداها الأول والثاني والثالث والرابع، وفي الثانية الثاني والثالث والرابع والخامس، وفي الثالثة الثالث والرابع والخامس والسادس، وتخرجها على سهامهم.

فإن خرجت الأولى أولًا لزيد ـ يعني صاحب النصف ـ والثانية أو الثالثة لعمرو ـ يعني صاحب الثلث ـ فلزيد الأول الأول والثاني والثالث، ولعمرو الرابع والخامس، والآخر السادس، وكذا الحكم لو خرجت الثالثة أولًا لعمرو فيعطى الرابع والخامس ويتعين السادس للثالث، والثلاثة الأولى لزيد.

وإن خرجت الأولى لزيد ثم الثانية أو الثالثة للثالث فلزيد الأول والثاني والثالث، وللثالث الرابع ولعمرو الخامس والسادس، وإن خرجت الثانية لزيد أولًا فله الثاني والثالث والرابع، ويتعين الأول للثالث والخامس والسادس لعمرو.

وكذا لو خرجت الأولى للثالث والثانية لزيد ولو خرجت الأولى لعمرو أو الثانية لزيد فلعمرو الأول والثاني ولزيد الثالث والرابع والخامس ويتعين السادس للثالث ولزيد الثلاثة الأخيرة، وإن خرجت الأولى للثالث ثم الثانية لعمرو ثم الثالثة لزيد فللثالث الأول ولعمرو الثاني والثالث ولزيد الثلاثة الأخيرة، وفي قوله ثم الثالثة لزيد تجوز.

قال: وضابط هذه الطريقة أن يعطي من خرجت رقعة باسمه قدر حقه مما

....

فيها الأول فالأول، وإن تعذر فما بعد الأول الأقرب فالأقرب، والغرض يحصل بإخراج رقعة واحدة وقد يحتاج إلى رقعتين وهو الآخر غلب، انتهى.

وحذفت «الرَّوْضَة» قوله: ولك أن تقتصر على ثلاث رقاع... إلى آخره.

تنبيهات: كيفية إدراج الرقاع وإخراجها لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي كذلك في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق يجوز بالأقلام والعصا والحصى ونحوها.

قال ابن الرِّفْعَة كلام «التَّنْبِيه» يقتضي أنه لا فرق في الأرض والدور والثوب بين أن تتساوى الأجزاء في ذلك أو تختلف وتعدل بالقيمة، وهو ما أورده الْبَنْدَنِيجِي وغيره وفي «الْحَاوِي» وساق ما سبق عنه وعن غيره في الثوب.

وقال الإمام: أطلق الأصحاب قسمة الدور وأجروا فيها الإجبار كما في العرضان وفيه نظر، فإن الدار تشتمل على أبنية وسقف وبيوت وأروقة، وهي ذوات أشكال مختلفة والأغراض في السكون تتفاوت تفاوتًا بيِّنًا أزيد من الأغراض المفروضة في العبيد، وقد أجرى الخلاف في الإجبار على قسمتها فكيف يطلق الوفاق على قسمة الدور مع ما وصفناه؟

فالوجه أن يقال: إن استوت الأبنية، وكان في شرقي الدار صفة وبيت، وكذلك في غربها ويتأتى التعديل بتبعيض العرصة، وتشتمل كل حصة على ما تشتمل عليه الأخرى فيجوز أن يقال: يجري الإجبار على مثل هذه القسمة، فأما إذا اختلفت أشكال الأبنية فيتعين عندي قطعًا تخريج الخلاف المذكور في قسمة النقل والتعديل في إجراء القسمة فيها لما أشرت إليه من تفاوت الأغراض واختلاف المنافع، وهذا ما أورده في «الوسيط» و«الوجيز».

وحكي عن الأصحاب أنهم قالوا: إذا اختلفت قيمة العرصة لقرب بعضها من الماء بحيث يكون الثلث بالمساحة نصفها بالقيمة أنه يجبر على قسمتها كذلك، ولم يخرجوه على الخلاف وفي «المهذب» و«الْحَاوِي» و«الْبَحْر» حكاية قولين في الإجبار على هذه القسمة، وصحح الْبَغَوِي المنع.

....

وقال القاضي الحسين: إنه المذهب أما إذا أمكن قسمة الأكثر قيمة والأقل قيمة بأن كان الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها وإذا قسمت بينهما نصفين صار لكل منهما مثل ما لصاحبه من الجيد فيدخلها الإجبار، أي: قطعًا، انتهى.

وفي «الْبَسِيط»: فإن قيل: قطع الأصحاب القول بالإجبار على قسمة الدور وأبنيتها مختلفة والعمارة فيها تتفاوت، وذلك يزيد على ما بين العبيد والحيوانات من التفاوت، قلنا: لعلهم أرادوا بذلك، وذكر ما سبق عن إمامه من بيتين وصفتين وإمكان تبعيض العرصة فيجبر ولا يكون ذلك كدارين متماثلتين في سكة، فإن ذلك من قبيل التعديل، فأما إذا اختلفت الأبنية والأغراض فيجب القطع بتخريجه على الخلاف في التعديل وإلا فلا فرق، انتهى.

وذكر الرَّافِعِي ما معناه أن الأظهر جريان الخلاف في قسمة التعديل عند اختلاف أشكال الأبنية، وما رجحه راجح من حيث القياس، والذي يقتضيه إطلاق العراقيين وغيرهم القطع بالإجبار على قسمة الدار من غير نظر إلى اختلاف هيئات الأبنية كما أشار إليه في «الْبَسِيط» وما فرضه الإمام نادر يبعد حمل إطلاقهم عليه، بل صرح بعضهم بما يأباه نعم العراقيون جعلوا القسمة على ضربين:

قسمة إفراز: يجبر الممتنع عليها، وأدخلوا فيها قسمة المتماثلات والمتشابهات والدور وغيرها، وقطع قاطعون منهم بالإجبار على قسمة التعديل فلعل ما سبق طريقة المجبر قطعًا على قسمة التعديل، وحينئذ ينتظم في الدار المختلفة الأبنية طريقان: القطع بالإجبار، والثاني على القولين المشار إليهما.

والضرب الثاني: قسمة الرد: ولا إجبار فيها.

واعلم أنه قد يكون أحد جانبي الدار مع تماثل الجانبين في البناء والهيئة وغير ذلك أكثر قيمة بأن يكون مجاورًا لسوق بحيث يساوي ذلك الجانب أضعاف ما يساوي الآخر؛ لأنه يعمل حوانيت وعضائد أو غيرها فيرغب فيه

الثَّانِي بِالتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسْبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ، وَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ عَلَيْهَا فِي الْأَظْهَرِ، ....

إرتاب الأموال لهذه الأغراض بأضعاف ما يرغب في الجانب الآخر، وحينئذ فيجري فيها الخلاف أيضًا، وحذفت «الرَّوْضَة» هنا جملة من كلام الرَّافِعِي وهو إخلال بين.

قال: (**الثَّانِي بِالتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسْبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ**) أي: وفي أن بعضها يسقى من النهر وبعضها بالنضح لارتقاء أو غيره، والباقي سقيًا أو عامرًا فيكون يليها لجودته بالقيمة مثل ثلثيها مثلًا فيجعل هذا سهمًا وهذا سهمًا إن كانت بينهما بالسوية.

قال: (**فَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ**) فيجعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة.

قال: (**وَيُجْبَرُ الْممتَنِعُ عَلَيْهَا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: إلحاقًا للتساوي في الأجزاء، وهذا ما رجحه العراقيون وغيرهم والرافعي في «شرحه الصغير» وأشار إليه في «الكبير» والثاني: المنع لاختلاف الأغراض والمنافع وصححه الْبَغَوِي وغيره وسبق عن القاضي الحسين أنه قال: إنه المذهب فعلى الأول أجرة القسام توزع على المأخوذ قلة وكثرة لا تحسب الشركة في الأصل على أصح الوجهين في «الرَّوْضَة» وغيرها؛ لأن العمل في الكبير أكثر.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي: واعلم أن الخلاف في الإجبار كما أنه يجري فيما إذا اختلاف الأجزاء لاختلاف الصفات يجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبستان الواحد الذي بعضه نخيل وبعضه كرم، والدار المبني بعضها بالآجر وبعضها بالخشب والطين.

ثم قال: مؤيدًا لترجيح العراقيين وغيرهم الإجبار: ولو لم يقل بذلك لامتنع الإجبار في البستان المشتمل على الأشجار المختلفة، وفي الدار المشتملة على الحيطان والأجذاع والأبواب وهو شأن البساتين والدور غالبًا، وينجز ذلك إلى ألا يثبت فيها الشفعة كالطاحونة والحمام، ومعلوم أنه بعيد

وَلَوْ اسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ فَطَلَبَ جَعْلَ كُلٍّ لِوَاحِدٍ فَلَا إِجْبَارَ، ....

وأنه يشبه أن يكون الخلاف في الإجبار مخصوصًا بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده وقسمة الرديء وحده.

قلت: هذا هو المنقول، قال: وإن لم يكن الخلاف مخصوصًا به فيشبه أن يكون ترجيح قول الإجبار مخصوصًا به، فإن أمكن أن يقسم كل واحد منهما وحده فلا يجبر على قسمة التعديل كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحدة منهما بالأجزاء لا يجري الإجبار على التعديل، انتهى.

وأخلت «الرَّوْضَة» ببعض كلامه، وعبارة «الشرح الصغير»: ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصًا بكذا أو يكون ترجيح قول الإجبار مخصوصًا به فإن أمكن وساق ما سبق.

قال: (**وَلَوْ اسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ**) أي: وما أشبه ذلك.

(**فَطَلَبَ جَعْلَ كُلٍّ لِوَاحِدٍ فَلَا إِجْبَارَ**) أي: سواء تجاورا الحانوتان والداران أم تباعدا لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية فيلحقان بالجنسين المختلفين، ولا فرق بين أن يكون أحدهما كبيرًا والآخر صغيرًا ينفذ إلى الدار ولا ينفذ لها حجرة أولًا، وحكى وجه أنه يجبر من غير فرق بين التجاوز والتباعد.

وفي «الإبانة»: إنه لو كان بينهما قطعتا أرض في قريتين أو محلين أو بستانين في موضعين مختلفين فدعا أحدهما إلى القسمة فهل يقسمان جبرًا بالقرعة أم لا؟

فيه وجهان **أحدهما**: نعم؛ لاتفاق الجنس والمنفعة. **والثاني**: لا؛ لاختلاف المحل والغرض.

وقال في «العمد»: ولو كان قطعتا أرض أو داران أو حديقتان متفرقتان في المحل إلا أنهما متساويتان من جهة الحاجة والصورة وسائر الوجوه فهل يقسمان جبرًا بالقرعة؟ فيه وجهان، انتهى.

وهذا الكلام قد يفهم أن الدارين والحانوتين المتلاصقين كالدار

....

والحانوت الواسعين فيجبر الممتنع جزمًا، والمشهور ما سبق.

قال المَاوَرْدِي: ولو تراضيا بذلك لم تكن قسمة وكانت بيعًا محضًا يبيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الأخرى فيكتب فيه كتاب ابتياع لا كتاب قسمة فيكون بيع مناقلة، انتهى.

فروع: أحدها: لو كان بينهما دكاكين متلاصقة لا يحتمل إحداها القسمة، ويقال: لها: عضائد، وطلب أحدهما قسمتها أعيانًا، ففي إجبار صاحبه وجهان:

أحدهما: لا.

وقال: الْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب كالدور، وكما لو كانت.

قال الرَّافِعِي: وأصحهما على ما ذكر الرُّويَانِي وغيره: نعم؛ للحاجة وينزل منزلة الخان المشتمل على البيوت، كذا صورها أكثر ناقليها وهو قويم.

وفي «الرَّوْضَة»: وهو الصواب، وصور صاحب «المهذب» فيما إذا احتمل كل واحد منها القسمة، وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعيانًا، والآخر قسمة كل واحد منها يجاب الأول إلحاقًا لها بالدار المشتملة على البيوت، والثاني: لا إلحاقًا لها بالدور، انتهى.

وفي التصويب نظر، وقد صورها غير صاحب «المهذب» كذلك ولعلها مسألة أخرى وعبر في «المهذب» عن الدكاكين بالعضائد.

وعبارة «الْحَاوِي»: وإن كان بينهما عضائد متصلة أو دكاكين متضايقة، ولكل واحد منهما طريق، وفي قسمة كل واحد تضييق فأحد الوجهين: إنها كالدور المختلفة، فلا يقع الإجبار إلا في كل عضادة وفي كل دكان؛ لانفراد كل واحد بطريقه وسكناه، والثاني: إنها كالقرية تقسم جبرًا نصفين كالدار ذات البيوت.

الثاني: قال المَاوَرْدِي إذا كان بينهما قرية ذات مساكن فطلب أن تقسم جميع القرية وطلب الآخر أن يقسم كل مسكن منها قسمت القرية بينهما نصفين

....

لكل منهما نصفها بما اشتمل عليه من مساكنه؛ لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها، ولا يجوز أن يقع الإجبار في قسمة الدار على بيت منها كذلك القرية.

الثالث: لو كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمتها علوًا وسفلًا أجبر إلا عند الإمكان، وإن طلب جعل العلو لواحد والسفل لآخر لم يجبر عليه.

قال الرَّافِعِي: هكذا أطلقوه، وجهه بأن العلو تابع والسفل متبوع، وبأن العلو مع السفل كدارين متلاصقتين؛ لأن كل منهما يصلح اتخاذه مسكنًا، ويجوز أن يقال: إن لم تمكن القسمة سفلًا وعلوًا، فجعل السفل لواحد والعلو لآخر من جملة قسمة التعديل، وإن طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما ويترك العلو على الإشاعة لم يجبر صاحبه؛ لأنهما قد يقتسمان العلو بعد ذلك فيقع ما فرق نصيب هذا من السفل كذلك.

قلت: وأبدى ابن الرِّفْعَة في هذه الصورة الأخيرة احتمالًا ذكرته في «الْغَنِيَّة».

وقال الدَّارِمِي: لا يجعل لأحدهما العلو والآخر السفل إلا بالتراضي إن كان علو مشتركًا فتراضوا جاز، وإن طلبوا الإجبار.

قال ابن خيران: يجوز، وقال: ابن القطان: لا يجوز، انتهى.

وكأن الصورة فيما إذا كان العلو مشتركًا فقط والسفل لأحدهما أو لآخر.

واعلم أن المسألة منصوصة في «المختصر» و«الأم» وعلل في «الأم» المنع.

في جعل العلو لواحد، والسفل لآخر بأن أصل الحكم أن من ملك السفل ملك ما تحته وما فوقه من الهواء، فإذا أعطي هذا سفلًا لا هواء له وهذا علوًا لا سفل له فقد أعطي كل منهما على غير أصل ما يملك، أي: ووضع القسمة التمييز، وأجمع الأصحاب فيما أعلم على ذلك ولم يخرجوه على الخلاف في قسمة التعديل.

....

وقول الرَّافِعِي: ويجوز أن يقال: إلى آخره، فيه نظر؛ لأن قسمة التعديل في غير هذه الصورة تقطع العلق بينهما واعتراض أحدهما على الآخر، وهو المقصود الأعظم من القسمة، وهاهنا لو أخبرنا لم ينقطع العلق والاعتراضات بينهما بل لو أراد صاحب العلو البناء عليه لاعترضه صاحب السفل بِأَنَّ مَا تُحْدِثُهُ يُثْقِلُ بِنَائِي ويفسده، وَكَذَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَضَعَ عَلَى أَرْضِ الْعُلْوِ شَيْئًا ثَقِيلًا أَوْ يَتِّدِ فِيهِ وَتَدًا لَنَازَعَهُ، وَمَنَعَهُ وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ السُّفْلِ أَنْ يَحْفِرَ تَحْتَ بِنَائِهِ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ الآخرِ بِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ جِدَارَك الْحَامِلَ لِعُلُوِّي وَغَيْرَ ذَلِكَ مِنْ الِاعْتِرَاضَاتِ وَفِيمَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِي رَمْزٌ إلَى الْفَرْقِ الرابع.

قال الرَّافِعِي: والْأَقْرِحَةُ إن تفرقت فكالدور، وإن تجاورت ففي «الشامل» أن أبا إسحاق نزلها منزلة القراح الواحد المختلف الأجزاء، وإن غيره قال: إنما تكون كالقراح الواحد إذا اتخذ الشرب والطريق، فإن تعدد فهي كما لو تفرقت، قال: وهذا أشبه بكلام الشَّافِعِي، انتهى.

وقال الْبَنْدَنِيجِي وأبو الطيب: إنه ظاهر قول الشَّافِعِي.

وفي «الْحَاوِي»: إن الأراضي المزروعة والمغروسة في حالة التجاور واتصال بعضها ببعض إن تماثلت في الثمن والمؤنة والمنفعة ضُم بعضها إلى بعض، وقسمت جبرًا كأراضي القرية التي تتصل جميعها ولا يتميز شيء منها وإن اختلفت أسماؤها.

وفي حال التجاور، واختلاف المنفعة بأن تكون بعضها زرعًا وبعضها شجرًا، أو في بعضها كرم وبعضها نخيل، أو تختلف في مؤنة بأن يكون بعضها يشرب سيحًا من نهر أو عين وبعضها يَشْرَبُ بِنَضْحٍ أَوْ غَرْبٍ أو يختلف في الثمن لنفاسة بعضها على بعض، فَقَدِ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ فِيهَا عَلَى ثَلَاثَةِ مَذَاهِبَ: مَذْهَبُ الشَّافِعِي مِنْهَا: أَنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ وَاقِعَةٌ عَلَى كُلِّ أرض مِنْهَا، وَلَا يُضَمُّ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ إجبارًا مع اختلافها، انتهى ولم يذكر غير المذهب غيره.

....

وقال في «الذَّخَائِر» بعد ذكره كلام «الشامل» وغيره فتحرر من هذا في الْأَقْرِحَة المتجاورة ثلاثة أوجه:

أحدها: إنها كالمتفرقة من غير تفصيل.

والثاني: إنها كالقراح الواحد.

والثالث: إن اتحد طريقها ومشربها فهي كالواحد وإلا فكالمتفرقة هذا إذا كانت الأرض بياضًا وهي متساوية الأجزاء، فإن اختلفت أجزاؤها في الجودة والرداءة والقوة والصلابة أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالنضح، أو في بعضها نخل وفي بعضها شجر أو بعضها بياض وبعضها فيه نخل أو شجر، فإن أمكن قسمة كل عين منها قسمة إقرار قسمت كذلك ولا إجبار أولًا فلا وجه لقسمتها إلا قسمة التعديل، فيكون على القولين، وإن أمكن قسمتها بهما جميعًا وطلب أحدهما قسمة الإقرار وطلب الآخر قسمة التعديل قسمت قسمة الإقرار إجبارًا على ما ذكرناه، انتهى.

وأورد ابن الرِّفْعَة كلام «الشامل» و«الْحَاوِي» مختصرًا، ثم قال: وعلى كل حال فلا فرق كما قاله القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ في الإجبار على قسمة كل قراح من الأرض بين أن يكون فارغًا أو ما فيه من الأشجار من نوع أو أنواع مختلف الأجناس كالكرم والنخل وغير ذلك، فيضم بعض ذلك إلى بعض ويعدل ويكون بمنزلة الثوب والأثواب والسقوف في دار واحدة.

وقال الرَّافِعِي: إن الخلاف في قسمة التعديل يجري فيما إذا كان البستان الواحد بعضه نخيل وبعضه كرم إلى آخره، وجريان الخلاف في البستان المشتمل على نخيل وكرم صرح به الْفُورَانِي في كتابيه والدارمي. ولفظه: ولا عنب مع نخيل فقيد بظاهره، وقيل: إذا كان في حائط واحد جاز؛ لأن القسمة للأرض، وكذلك لو كانت العمارة في بعض دون بعض قسم على الإجبار.

وفي «روضة الحكام»: إذا كان بينهما أجناس من المال أو أنواع على بعضها نخيل وعلى بعضها أشجار ويشرب بعضها بالسيح وبعضها بالنضح،

....

فأراد أحدهما أن يجعل لكل واحد جنسًا مفردًا لم يجبر صاحبه ويقسم كل جنس بانفراده كالدور المتفرقة فإن تراضيا جاز.

وقال ابن أبي هريرة: إن كان الجميع من بستان واحد مثل أن يكون النخيل في جانب والكرم في جانب، وكذا الخلاف في حائط واحد بجميع البعل والنضح والسيح، انتهى.

إشارة: قال الجوهري: القراح المزرعة التي ليس لها بناء ولا فيها شجر والجمع أقرحة، والماء القراح ما لا يشوبه شيء، وفي الحكم القراح من الأرضين [التي ليس فيها بناء ولم يختلط بها شجر بمنزلة الماء القراح والقراح من الأرض] كل قطعة على جبالها من منابت النخل وغير ذلك والجمع أقرحة.

وقال أبو حنيفة: القراح الأرض المخلصة للزرع أو الغراس، وفي «فقه اللغة» للثعالبي: لا يقال: قراح إلا إذا كانت مهيأة للزراعة وإلا فهي براح.

الخامس: لو كان بين ملكيهما عرضة حائط هدماه أو انهدم، أو كانت عرضة لم يبن فيها شيء وهي مشتركة بينهما فطلب أحدهما قسمتها بأن يجعل لكل واحد نصف الطول في كمال العرض صورته:

يجيب لإمكان انتفاعهما به بعد القسمة من غير صور، وإن طلب قسمته عرضًا فيكون لكل منهما نصف العرض في كمال الطول وصورته:

ففي إجابته وجهان:

قال أبو إسحاق: لا يجب صاحبه، وبه جزم الْبَغَوِي لامتناع القرعة؛ إذ قد يخرج لكل ما يلي [ملك] الآخر فلا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالتي فيها الرد. وقال ابن أبي هريرة: يجبر لإمكان انتفاع كل واحد بحصته، وصححه العراقيون وغيرهم، وفي صلح «الشامل» أنه ظاهر كلام الشَّافِعِي وأنه الصحيح وعليه فرعان:

أحدهما: لا حاجة إلى القرعة بل يجعل لكل واحد ما يلي ملكه جدارًا

....

مما قاله الأول قاله الْبَنْدَنِيجِي والماوردي والعمراني وجماعة.

والثاني: لو طلب أحدهما أن يقسم طولًا في كمال العرض، وطلب الآخر أن يقسم عرضًا في كمال الطول.

وقال ابن الرِّفْعَة: لم يجبر واحد منهما بل يتركا حتى يصطلحا كذا قاله ابن يونس وابن شداد، وفيما وقفت عليه من «الشامل» أنها تقسم عرضًا في كمال الطول ويحصل لكل واحد ما يلي ملكه بخلاف ما إذا قلنا لا يجبر على قسمتها عرضًا في كمال الطول فإنها تقسم، والحالة هذه طولًا [لا] في كمال العرض، انتهى.

فنقله عن ابن يونس وابن شداد صحيح رأيته في كتابهما كذلك، وقد أخذه من نسخ سقيمة، والذي رأيته فيه تفريعًا على الأصح فعلى هذا إذا قسم لم يقرع بينهما ويجعل لكل واحد مما يلي ملكه، وإن طلب أحدهما أن يقسم وذكر التصوير المتقدم أجيب من دعا إلى قسمة طولها في كمال عرضها، وإن قلنا يجبر من امتنع من قسمة عرضها في كمال طولها لم يجبر أحدهما بل يتركان حتى يصطلحا؛ لأن قول أحدهما ليس بأولى من الآخر، انتهى.

ومن هذه النسخة نقلا ما ذكراه تفريعًا على الأصح، والظاهر أن صواب الكلام وإن قلنا: لا يجبر إلى آخره فسقط لفظة: (لا) من ناقل أو غيره، وأما «الشامل» فرأيت في نسخة منه كما ذكره وفي نسخة، وإن قلنا: يجبر عليها، قال الشيخ الإمام: فينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته أجيب إلى دعواه، وذكر تفريع قول أبي إسحاق كما سبق وكذلك ذكره ابن شداد، وهذا عجيب.

السادس: قال المَاوَرْدِي وغيره: [إذا كانت الأرض مما تصح قسمتها بالتعديل وبالرد فدعا أحدهما إلى التعديل والآخر][1] إلى الرد، فإن أجبرنا على قسمة التعديل أجيب الداعي إليها وإلا وقف على تراضيهما بأحدهما.

السابع: قال المَاوَرْدِي: الأرض ضربان أحدهما: أن تكون متساوية

(١) في نسخة: (بالتعديل أجيب الداعي إليها وإلا إلى التعديل والآخر إلى الرد).

....

الأجزاء فتقسم جبرًا كما سبق، والثاني: أن تكون مختلفة الأجزاء بأن يكون بعضها عامرًا وبعضها خرابًا أو قويًا وضعيفًا أو في بعضها شجر بلا بناء وفي الباقي بناء بلا شجر، أو بعضها على سبيل ماء أو طريق سائل وبعضها ليس كذلك إلى ما جرى هذا المجرى فذلك ضربان:

أحدهما: إن تمكن تساوي الشريكين بالقسمة في جيدة ورديئة فهذه تقسم إجبارًا كمتساوية الأجزاء.

والثاني: ألا يمكن تساويهما في الجيد والرديء فهذا يكون على أربعة أضرب:

أحدها: أن يقسم بالتعديل بالقيمة على زيادة الزرع، وفيه القولان السابقان.

والثاني: أن يقسم قسمة ويدفع التساوي في الزرع وسيأتي بيانها.

والثالث: أن تقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ويبقى البناء والشجر بينهما مشتركًا فإن تنازعا في هذا فلا إجبار، وإن اتفقا عليه دخل في قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق، وقسمت بينهما جبرًا بالقرعة، وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار ووقفت على التراضي.

والرابع: أن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه من البناء والشجر على الشركة ففي حكم هذه الأرض إذا تميّز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان: أحدهما: أن حكمها حكم أرض واحدة لا فضاء لها فعلى هذا لا يدخلها قسمة الإجبار في بياضها؛ لأنه لا يدخلها في شجرها وبنائها، والثاني: أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها فصارت باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقتين فتدخلها قسمة الإجبار في البياض كما لو انفرد ولا يدخلها قسمة الإجبار في البناء والشجر كما لو انفرد، انتهى.

والفرع وإن تكرر ففيه فوائد وقال في آخر الباب: وأما قسمة البناء والشجر دون أرضه فلا يجوز إجبارًا ويجوز اختيارًا، وفي إطلاقه نظر، ولعل الصورة فيما إذا اشتركوا في الأرض أيضًا لا مطلقًا.

أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أُجْبِرَ، أَوْ نَوْعَيْنِ فَلَا ....

الثامن: قال الْمَاوَرْدِي: وقسمة الدار المشتركة تكون على ما ذكرناه من الضروب الأربعة، فَإِذَا قُسِّمَتْ عَلَى إِجْبَارٍ أَوْ تَرَاضٍ، وَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّهْمَيْنِ طَرِيقٌ مُفْرَدٌ يَخْتَصُّ بِهِ انْقَسَمَتِ الْقِيِّمَةُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا طَرِيقٌ إِلَّا أَنْ يُحَازَ مِنَ الْمِلْكِ مَا يَكُونُ طَرِيقًا لَهُمَا؛ وَجَبَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْمِلْكِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مَا يَكُونُ طَرِيقًا لَهُمَا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا ثُمَّ يُقَسَّمُ بَعْدَهُ مَا عَدَاهُ، فإن تنازعا في مقداره، فعند الشَّافِعِي يكون معتبرًا بما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج وما جرت العادة بحمل مثله عليها ولا تعتبر سعة الباب؛ لأنهما قد يختلفان في سعة الباب كما اختلفا في سعة الطريق؛ ولأن طريق الباب في العرف أوسع من الباب، انتهى.

التاسع: لو كان بينهما حائط وعرضه لهما فطلب أحدهما قسمته عرضًا في كمال الطول وامتنع الآخر لم يجبر على الصحيح، وقيل: يجبر ولا يقرع؛ بل يخص كل واحد بما عليه ولا نزاع في جواز هذه القسمة بالتراضي وللفرع تتمات ذكرتها في «الْغَنِيَّة».

قال: (**أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أُجْبِرَ، أَوْ نَوْعَيْنِ فَلَا**) إذا اشتركا في عبيد أو دواب أو أشجار أو ثياب أو غيرها من الأواني والأمتعة وسائر العروض فإما أن تكون من نوع واحد أو لا تكون:

الحالة الأولى: إذا كانت من نوع واحد وأمكن التسوية بين الشريكين عددًا وقيمة كعبدين متساويي القيمة بين اثنين، وكثلاثة أعبد متساوية القيمة بين ثلاثة بالسوية وهكذا.

قال الرَّافِعِي: فظاهر المذهب، أي: والمنصوص وعليه أكثر أصحابنا ومنهم ابن سُرَيْج وأبو إسحاق: إنه يجبر على قسمتها أعيانًا، ويكتفى بالتساوي في القيمة بخلاف الدور لشدة اختلاف الأغراض فيها، وعن أبي علي ابن خيران وابن أبي هريرة: إنها كالدور، وحكى جماعة القطع بالإجبار في العبيد.

وحكاه في «الْبَحْر» عن نصِّ الشَّافِعِي في كتاب العتق لحديث تجزئة الستة

....

الذين عتقهم الأنصاري في مرضه وهو في «الصحيحين» ويخصص الخلاف بغيرهم وهو ما نسباه إلى الأصحاب؛ لكن المَاوَرْدِي والبندنيجي وصاحب «المهذب» والإمام وغيرهم حكوا الخلاف في الرقيق، وذكر الْبَنْدَنِيجِي أن ابن خيران قال: إنما فعل رسول الله ﷺ ذلك لمزية الحرية وفي مسألتنا لا مزية، انتهى.

أما إذا لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد بين اثنين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة.

فإن قلنا: بالإجبار عند إمكان التسوية، قال الرَّافِعِي: فهاهنا قولان، وقال الإمام وغيره: وجهان ينظر في أحدهما إلى تعادل القيمة، وفي الثاني إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض بذلك، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء لا كإفتاء الأعيان المتماثلة بالأرض المتشابهة الأجزاء.

قال ابن الرِّفْعَة: إن أراد الإلحاق في أصل إجراء الخلاف فنعم، وإن أراد أنه كهو من كل وجه فلا؛ لأن الصحيح عند العراقيين وبه جزم أكثرهم الإجبار ثم والمنع منه هاهنا إذا كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به، ويكون له مع ذلك ربع النفيس فهذا يترتب على الصورة السابقة إن قلنا لا إجبار ثم فهاهنا وجهان أو قولان والأصح المنع؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية هكذا أورده الرَّافِعِي.

الحالة الثانية: أن تكون الأعيان أنواعًا من جنس واحد كعبد تركي مع هندي وثوب حرير مع كتان أو قطن، أو كانت أجناسًا مختلفة كعبد وحنطة وشعير ودابة ونحوها فطلب أحدهما أن يقسم أنواعًا أو أجناسًا لم يجبر الآخر، وإنما يقسم كذلك بالتراضي، هذا ما جزم به العراقيون وهو ما أورده الجمهور وقطعوا به.

وفي «النهاية» وفروعها أنه لو كان بين الشركاء عبد وطاحون وحمام

الثَّالِثُ بِالرَّدِّ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ، ....

وأمكن التعديل بجعل كل صنف بينهما ففي الإجبار وجهان أنه لو كان مرتبًا على ما إذا لم تختلف الأصناف وهذه الصورة أبعد عن الإجبار، ونسب الرَّافِعِي هذا الطريق إلى السرخسي عند اختلاف النوع، قال: وزاد الإمام والغزالي فأجريا الخلاف عند اختلاف الجنس والصحيح الأول.

قلت: وفي «الْحَاوِي»: إنه لو اختلف النوع نظر إن اختلفت منافعه كالضأن والمعز كاختلاف أجناسه، وإن لم تختلف منافع أجناسه كالحنطة العراقية والشامية نظر إن اختلفت قيمة أنواعه فكالجنسين تقسم على الانفراد وإن تماثلت قيمة أنواعه فوجهان: أحدهما: يغلب حكم الجنس يعني: الأصناف المتماثلة فيجوز أن يقع الإجبار في إفراد كل واحد بنوع، والثاني: أنه يغلب حكم النوع لامتيازه فيقسم كل نوع على انفراده وهذا أشبه، انتهى.

وعبر ابن الرِّفْعَة عن هذه الجملة، وفي «الْحَاوِي»: أنه لو اختلف النوع واتحدت القيمة فهل يكون كاختلاف الجنس أو اتحاد النوع؟ فيه وجهان، انتهى وليس باختصار وافٍ.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي: أجاز الشَّافِعِي قسمة الكلاب مع الغنم، كما أجاز الوصية بها فقيل: يجوز قسمتها إجبارًا قطعًا للنص عليه، وأنها بخروجها عن القيمة تصير كالمثليات، وقيل: تخريج الإجبار على قسمتها على الوجهين يعني: في العبيد والمواشي، قال: وجعل - يعني صاحب هذه الطريقة - النص دليلًا على أنه أصحهما يعني: الإجبار، ونسب ابن الرِّفْعَة هذا الجعل إلى المَاوَرْدِي وإنما حكاه عن غيره.

قال: (**الثَّالِثُ بِالرَّدِّ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ**) أي: أو كان في الدار بيت.

(**لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ**) كما قاله «المحرر» وغيره.

(**فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ**) أي: بأن كل جانب يساوي ألفًا، وفي أحدهما

وَلَا إِجْبَارَ فِيهِ، ....

بئر أو شجر أو بيت تساوي ألفًا فيرد آخذه خمسمائة، وعبارة الكتاب قلقة.

قال: (**وَلَا إِجْبَارَ فِيهِ**) أي: في هذا النوع؛ لأنه دخله ما لا شركة فيه كذا علله الرَّافِعِي، قال: وكذلك لو كان بينهما عبدان بالسوية وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين يستويان هذا هو المشهور.

وفي «أمالي» أبي الفرج: أن بعضهم خرج في الإجبار قولًا مأخوذًا من الخلاف فيما إذا كان بينهما عبدان قيمة واحد ألف والآخر ستمائة فطلب أحدهما ليخلص النفيس لأحدهما، وفي هذه الصورة طريقان: أحدهما: القطع بأنه لا إجبار، وثانيهما: أنه على الخلاف في قسمة التعديل؛ لكن إطلاق القول بالتخريج بعيد؛ لأنه لا رد في تلك الصورة قولًا يصرف بخلاف ما نحن فيه، ولو لم يكن رد وترك ما فيه الفصل على الإشاعة فالصورة كالصورة؛ ولذلك قال بعض المتلقين عن الإمام: لا يجري الإجبار في قدر الرد والميل في الثاني إلى المنع، فأشار إلى تخصيص الخلاف بما وراء قدر الرد، انتهى.

إشارات: في أصل «الرَّوْضَة» أن القول المخرج غلط ولم يقله الرَّافِعِي؛ بل استبعد إطلاقه، وحكى الْفُورَانِي في كتابيه أن القولين في صورة العبد المشار إليها ذكرهما الشَّافِعِي نصًا ونقلهما ابن الرِّفْعَة عن «الْبَحْر» وقال: إنه يظهر رجحان طريقة القولين، حكى الرَّافِعِي كما سبق طريقة بعدم الإجبار.

وحكى ابن الرِّفْعَة عنه أنه نقلها في الإجبار، وأيد بها ترجيحه طريقة القولين وهو سهو تبع فيه بعض النسخ السقيمة، فاعلم ما ذكره الرَّافِعِي عن إشارة بعض المتلقين عن الإمام من تخصيص الخلاف بما وراء قدر الرد والميل فيه إلى المنع ذكره غيره.

قال: الفارقي إثر قول «المهذب»: فإن كان في القسمة رد فهو بيع يريد أن القدر الذي وجد فيه الرد بيع وما عداه فعلى القولين يعني: التعديل إلا أنه لا يتميز ذلك وسيأتي إيضاحه، قال الرَّافِعِي: إذا حصل التراضي على قسمته

وَهُوَ بَيْعٌ، وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

الرد، فيجوز أن يتفقا على أن من يأخذ النفيس يرد ويجوز أن يحكم القرعة ليرد من خرج له النفيس.

قلت: في «الْحَاوِي» أنهما لو تراضيا بالقرعة فيها، ففي جواز الإقراع وجهان: **أحدهما**: لا يجوز؛ لأنه بيع وليس في البيع إقراع، والثاني: يجوز الإقراع تغليبًا لحكم القسمة واعتبارًا بالمراضاة فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم فلا خيار لهما بعد القرعة، وإن كان من قبلهما ثبت لهما خيار بعد القرعة، وفيه وجهان: أحدهما: أنه كَخِيَارِ الْعَيْبِ مُعْتَبَرٌ بِالْفَوْرِ، والثاني: أنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق، انتهى.

قال: (**وَهُوَ بَيْعٌ**) أي: هذا النوع وهو قسمة الرد بيع على المشهور في الطريقتين، وقيل: هي بيع في القدر المقابل المردود ويجيء فيما وراءه الخلاف في قسمة التعديل وعليه نزل الفارقي إطلاق «المهذب» كما تقدم، وفي «الْبَسِيط» و«النهاية» قطع الأصحاب بأنه بيع لا سيما على بدل مال جديد وذلك لا يجبر عليه، والوجه أن يقال: القدر الذي قابل العوض الجديد لا شك أنه بيع، والثاني: يبنى على الإجبار، وعلى هذا جرى صاحب «التَّرْغِيب».

قال: (**وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها الإجبار للحاجة كما يبيع الحاكم مال المديون جبرًا، واعلم أن يعتبره بالمذهب هنا.

وفي «الرَّوْضَة» يقتضي ترجيح القطع بأنها بيع ولم يقله الرَّافِعِي.

وعبارة «المحرر»: على الأصح، وعبارة «الشرح»: فيها طريقان:

أحدهما: وهو قضية إيراد صاحب «المهذب» وأبي الحسن العبادي أنها على القولين في قسمة المتشابهات.

والثاني: القطع بأنها بيع وهو الأصح عند الغزالي، قال: ويشبه أن يكونا مبنيين على أن قسمة التعديل هل يجبر عليها؟

إن قلنا: نعم، ففيها القولان، وإن قلنا: لا، فهي بيع، وهذا منه جنوح

وَقِسْمَةُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الْأَظْهَرِ.

إلى طريقة القولين وهي ما أورده العراقيون، وخصص في «الوسيط» الطريقين بقولنا إن قسمة التعديل يجبر عليها، فإن لم يقل بالإجبار فهي بيع لا محالة.

وقال في «الْبَسِيط»: وأما قسمة التعديل فمنهم من قطع بأنه بيع وإن أجبرنا، ومنهم من قال: إن قلنا لا إجبار فهو بيع، وإن قلنا: يجبر فعلى القولين، ومنهم من قال: وإن قلنا لا يجبر فقولان.

قال: (**وَقِسْمَةُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الْأَظْهَرِ**) عبارة «المحرر» وهذا ما ذكر أن الفتوى عليه كذا قاله في «العدة» وقال ابن أبي الدَّم: إنه الصحيح عند العراقيين، وصححه الغزالي في كتاب الرهن وفي «الخلاصة» هنا، وكذلك الجويني في «مختصره» وصاحب «المعتبر» وغيرهم.

قال الرَّافِعِي: ويوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين ثم المراد بالإقرار أنا نتبين أن ما حصل لكل واحد منهما هو الذي ملكه كالمال الثابت في الذمة يتعين بالقبض، وإن لم تكن العين المقبوضة دينًا ولا يجعلها عوضًا عن الدين؛ إذ لو قدرنا ذلك لما صح قبض المسلم فيه من جهة امتناع الاعتياض عنه؛ ولأنها لو كانت بيعًا لما دخلها الجبر ولما تعين حق كل واحد منهما بالقرعة، وليثبت فيها الشفعة للشريك الثالث كما إذا تقاسم شريكاه حصتهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه كما سبق.

والقول الثاني: أنها بيع لنصيب أحدهما في الجانب الأيمن مثل نصيب الآخر في الجانب الأيسر؛ لأن كل حر مشترك بينهما فإذا أخذ أحدهما أحد الحزبين فقد ابتاع حق صاحبه منه بحقه من الآخر.

وهذا أصح عند صاحبي «التهذيب» و«الْكَافِي» وآخرين ومنهم الإمام والشيخ أبو علي، وفي باب الربا من «الْحَاوِي»: إنه الأشهر وفي زكاة الثمار من «الشامل» أن المزكي قال: إن القسمة بيع عنده يعني: عند الشَّافِعِي، وصححه الرَّافِعِي هناك.

وقال: ابن الصلاح في «فتاويه»: إنه الصحيح مطلقًا في كل حال وأجاب

....

مرجحوه عن الإجبار وعن دخول القرعة بأن ذلك جوز للحاجة بدليل بيع الحاكم مال المديون جبرًا للحاجة ولا يخرجه ذلك عن كونه بيعًا.

تنبيهات وفروع:

منها: في محل القولين طريقان: أحدهما: أنهما فيما إذا جرت بالإجبار فإن جرت عن تراضٍ فهي بيع لا محالة، والثاني: طردهما في الحالين.

ووقع في «الشرح الصغير» و«الرَّوْضَة» وبعض نسخ «الكبير» أن الْبَغَوِي قال: إن الطريق الأول أصح، وفي بعض نسخ «الكبير» أنه قال: الأصح الثاني وهو الصواب الموافق لما رأيته في نسخ «التهذيب» ولفظه: والصحيح أنه لا فرق بين أن تكون قسمتها بالتراضي أو بالجبر أنه على القولين، وقيل القولان فيما إذا اقتسما جبرًا فإن كان بالتراضي فلا خلاف أنه بيع، انتهى.

وقال في تطبيقه: ولا فرق بين أن تكون القسمة بالجبر أو بالتراضي فيكون فيه قولان، وقيل: إذا كان بالتراضي يكون بيعًا قولًا واحدًا، وفي حالة الجبر قولان. ونقل ابن الرِّفْعَة الترجيح عن «التهذيب» و«الْكَافِي» على الصواب وعن القاضي الحسين ترجيح طريقة التفصيل، والذي يدل عليه كلام الجمهور وتفاريعهم جريان القولين مطلقًا.

ومنها: اعلم أن القول بأن القسمة بيع لا يمكن إجراؤه على إطلاقه؛ لأن النصف المفروز لم يكن كله لصاحبه؛ بل ما يأخذه كان نصفه له ونصفه لصاحبه فالقسمة إفراز فيما كان له منه وبيع فيما كان لصاحبه، قاله الرَّافِعِي.

ومنها: قال الرَّافِعِي: إذا جعلنا القسمة بيعًا فاقتسما ربويًا وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة الرطب والعنب وما أثرت فيه النار وينعقد الإجراء، وإن جعلناها إفرازًا فالحكم بخلافه أي: فيجوز بكل ذلك، قاله في «الرَّوْضَة».

وفي «الْحَاوِي» هنا على قول البيع وتدخل القرعة في قسمته إجبارًا لا اختيارًا.

وقال: الْمحَامِلِيّ وغيره: ولا تجوز قسمة الطعام ولا غيره جزافًا أي:

....

على القولين جميعًا وإذا جعلناها بيعًا لم تجز قسمة الطعام المملوك وفي معناه المسوس، ولهذا عد من المتقومات وكذلك الفواكه الرطبة كما قيده المَاوَرْدِي وما لا يجوز بيع بعضه ببعض.

ومنها: إذا جعلناها بيعًا وتقاسما ربويًا يجوز بيع بعضه ببعض، قال المَاوَرْدِي في باب الربا: فلهذه القسمة خمسة شروط أوردتها في «الْغَنِيَّة» هنا مع فوائد يطول ذكرها فراجعها إن شئت.

ومنها: قال الرَّافِعِي: ولا تقسم الثمار على رؤوس الأشجار بالخرص وإن جعلناها بيعًا، كما لا تباع خرصًا وإن قلنا إفراز فإن كان ثمره غير النخل والكرم لم تقسم أيضًا؛ إذ الخرص لا يدخلها وإن كانت ثمره نخل أو كرم جازت القسمة خرصًا كما يجوز خرصها للفقراء، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي هنا: وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعنب والفواكه الرطبة فإن قلنا القسمة إفراز حق؛ جازت إجبارًا واختيارًا بكيل أو وزن، وفي جوازها بالخرص في نخله وشجره قولان الجواز والبطلان، والأصح إطلاقهما أن يمنع منه بالخرص في قسمة الإجبار؛ [لأن المقصود بها التحقق المعدوم في الخرص بخلاف قسمة الاختيار] لأنها محمولة على التراضي هذا إذا قيل أنها إفراز فإن قيل إنها بيع لم يجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يبعها فلا يدخلها قسم إجبار ولا اختيار، انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن السبكي رَحِمَهُ اللَّهُ في باب الربا من تكملة «شرح المهذب»: قال الشَّافِعِي: كل ما لم يجز التفاضل فيه فالقسم فيه كالبيع فذكر الأصحاب لذلك فروعًا:

منها: لو كانت الثمرة على أصلها مشتركة بين رجلين واقتسماها خرصًا وقلنا القسمة بيع لم يصح، وإن قلنا إفرازًا فإن كانت الثمرة مما لا زكاة فيه لم يصح؛ لأن خرصه لا يجوز، وإن كانت مما فيه العشر كالرطب والعنب فإن كان قبل بدو الصلاح لم يجز، قاله الْمحَامِلِيّ، وإن كان بعد بدو الصلاح

....

فقولان نقلوا عن نصه في الصرف الجواز؛ لأنه إذا جاز خرصه لمعرفة حق الفقراء جاز لتمييز أحد الحقين عن الآخر، ونقل الْمحَامِلِيّ عن نصه في سائر كتبه إنه لا يجوز وسكت غير الْمحَامِلِيّ عن التفصيل بين ما بعد بدو الصلاح وقبله، ثم ذكر الْبَغَوِي وغيره ثم قال: فخرج من ذلك ثلاثة طرق:

أحدها: صحة القسمة مطلقًا.

ثانيها: امتناعها مطلقًا وهو الصحيح.

ثالثها: إن جعلناها إفرازًا صح أو بيعًا فلا، انتهى. ويخرج من تفصيل المَاوَرْدِي طريقة رابعة، والله أعلم.

ومنها: أورد ابن الرِّفْعَة على قول الأصحاب هنا بامتناع القسمة إذا جعلناها بيعًا حكايتهم الخلاف في قسمة المكيل والموزون بين أهل السهمان وأرباب الأموال على وجه الأرض، وكذلك قسمة الأضحية ونحوها، وأجاب بأن الضرورة داعية إلى تلك المسائل بخلاف ما نحن فيه وفي «شرح المهذب» للمصنف في باب الأضحية.

قال أصحابنا: وإذا اشترك [جماعة] في بدنة أو بقرة وأرادوا القسمة فطريقان:

أحدهما: القطع بجوازها للضرورة، وهذا قول ابن العاص.

والثاني: وهو المذهب وبه قال جماهير الأصحاب أنه ينبني على أن القسمة بيع أو إفراز إن قلنا: إفراز وصححه جازت، وإلا فلا، ثم ذكر طرقًا مشهورة في تحصيل القسمة على هذا القول.

ومنها: إذا أراد قسمة الثمار ومنعنا على قولنا أنها بيع.

قال المَاوَرْدِي: فالوجه في ارتفاع الشركة بينهما أن يجعلاها حصتين متميزتين ثم يبيع أحدهما حقه من إحدى الحصتين على شريكه بدينار ويبتاع منه حقه من الحصة الأخرى بدينار، ثم يتقاضان فيكون هذا بيعًا يجري عليه أحكام البيوع.

....

ومنها: إذا قلنا: القسمة إفراز؛ قال المَاوَرْدِي: يجوز لأحدهما أن ينفرد بأخذ حصته من الثمار كالحبوب والأدهان بإذن شريكه بخلاف ما تختلف أجزاؤه كالثياب والحيوان؛ لأن ذلك يفتقر إلى اجتهاد فلم يجز لأحدهما أن ينفرد، وإن أذن الشريك، وبخلاف ما إذا قلنا القسمة بيع لا ينفرد أحدهما بإذن الشريك، ولو انفرد بأخذ نصيبه من المتماثل على قول الإفراز من غير إذن شريكه؛ قال المَاوَرْدِي: فوجهان: **أحدهما**: المنع للإشاعة فعلى هذا المأخوذ مشترك مضمون عليه.

والثاني: يجوز لأنه لو استأذنه لم يكن له منفعة.

قال الرُّويَانِي: والوجه الأول أصح عندي، قال: وإن قلنا القسمة بيع لم يجز أن ينفرد بحال لا بإذن ولا بغيره.

قلت: وأطلق غيرهما أنه إذا كان بينهما دراهم أو حنطة فليس لأحدهما أخذ نصيبه بدون إذن الآخر من غير بناء، ورأيت في «فتاوى» الْقَفَّال أنه لو كان بينهما حنطة مشتركة فأخذ نصيبه دون إذن صاحبه [ولم يكن صاحبه] يمتنع من مقاسمته لم يحل له ذلك فإن كان يمتنع منها حل له أخذه ولم ينبه على شيء، والظاهر أنه فرعه على قول الإفراز وأفتى المصنف وجماعة من قوم جمعوا دراهم لأمر واختلطت ثم أرادوا ردها إلى أصحابها أن لأحدهم أن يأخذ قدر حقه منها من غير رضا بقية الجماعة وخالفهم في ذلك الشيخ تاج الدين الفزاري رحم الله الجميع.

ومنها: بينهما أرض مزروعة ببذرهما فأرادا قسمة الأرض فقط جاز، ومن طلبها أجبر الآخر قطع به الأصحاب هنا، وأشار الرَّافِعِي إلى مجيء وجه فيه على قولنا القسمة بيع ولا فرق بين كون الزرع بذرًا بعد أو قصيلًا أو حبًا مشتدًا؛ لأنه في الأرض بمنزلة القماش في الدار.

قال المَاوَرْدِي: وهذا بخلاف البناء والشجر؛ لأن للزرع أمد بخلافهما وإن أرادا قسمة الأرض وما فيها قال الرَّافِعِي وغيره، فإن اشتد الحب أو كان

....

بذرًا بعد لم يجز أما على الإفراز فلأنه قسمة معلوم ومجهول وأما على قول البيع فلأجل الربا قال: وإن كان قصيلًا جاز؛ لأنه معلوم مشاهد، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنهما لو أرادا أن يقتسماها بزرعها الأخضر جاز على القولين ولا يحتاج إلى شرط القطع، وإن كان قد سنبل لم يصح كالنخل المثمرة؛ لأجل الربا وإن كان بذرًا لم ينبت بعد فهو كبيع الأرض المنذورة إن قلنا: إن القسمة بيع [وإن كان في الأرض كرات كمسألة النخل لأنه طعام، انتهى.

وقضيته أنا إذا قلنا: القسمة إفراز الجواز كما سيأتي عن «الْحَاوِي».

وفي «الشامل»] وإن كان قد خرج ولم يشتد جاز ويكون تبعًا للأرض فيجوز مطلقًا كبيعه معها مطلقًا، انتهى.

والمنقول في «الْحَاوِي» في هذه الحالة: إنه إن كان صار قصيلًا صح فيها قسمة الإجبار وكان الزرع تبعًا للأرض كالبناء والشجر لا يدخله قسمة الإجبار على انفراده ويدخله مع الأرض بيعًا، وإن كان الزرع بذرًا أو حبًا مشتدًا يدخله الربا، فإن قلنا: القسمة بيع لم يدخله إجبار ولا تراض خوف الربا وإن قلنا: إفراز صح فيه الإجبار والتراضي؛ لأن الزرع بيع للأرض، انتهى.

وإن أراد قسمة الزرع وحده قال الرَّافِعِي: فإن كان بذرًا بعد أو قد اشتد لم يجز وإن كان قصيلًا جاز، انتهى.

وفي «الشامل» إن كان حبًا لم يخرج أو صار حبًا مشتدًا لم يجز للجهالة، وإن كان قد خرج ولم يصر حبًا فالذي حكاه الشيخ أبو حامد أنه لا يجبر الممتنع على قسمته؛ لأنه لا يمكن تعديله وذكر القاضي يعني أبا الطيب أنه مبني على القولين.

إن قلنا: بيع لم يجز؛ لأنه لا يمكن إلا بشرط القطع، وإن قلنا: إفراز جاز، هذا أشبه لأنه إذا أمكن تعديله مع الأرض أمكن منفردًا وتابعه صاحبا «البيان» و«الذَّخَائِر» وزاد فقال: قول الشيخ أبي نصر: إنه إذا كان قد صار حبًا لم يجز؛ لأنه مجهول فيه نظر وينبغي أن يفصل فإن كان مما لا يستتر كالشعير جاز على

....

قول التمييز أو مما يستتر كالحنطة فعلى قولي بيع الحنطة في سنبلها إن جوزناه جاز هنا وإلا بطل في الزرع، وفي الأرض قولًا تفريق الصفقة إن دخلت في القسمة، انتهى وهذا ضعيف بل غلط وفي الفرع زيادة ذكرتها في «الْغَنِيَّة».

ومنها: يجوز قسمة الحص ونحوه كيلًا ووزنًا على القولين، ولو اقتسما ثم تقابلا، إن قلنا: القسمة بيع صحت الإقالة وعاد الشيوع وإلا لغت الإقالة، كذا قاله الْبَغَوِي وجماعة وتبعهم الشيخان.

قال ابن الرِّفْعَة: وأطلق في «الْبَحْر» القول بأنهما إذا تقابلا عادت الإشاعة واتفقوا على أن أحدهما إذا وجد بما صار إليه عيبًا أن له فسخ القسمة صرح به المَاوَرْدِي والْبَغَوِي وغيرهما أي سواء قلنا إنها بيع أو إفراز.

ومنها: في «روضة شُرَيْح الرُّويَانِي» لو اقتسموا دورًا وقبض كل نصيبه ولم ير بعضهم ما حصل له، ثم رآه لمن لم ير فهو بالخيار في رد القسمة وإمضائها على قولنا بجواز خيار الرؤية، وقولنا: القسمة بيع وإن قلنا إفراز حق، قال: جدي: يجوز، وقيل لا يجوز للجهالة.

وفي «الْبَحْر»: لو قال: والله لا بعت شيئًا فقاسم، وقلنا: إنها بيع ففي حنثه وجهان، واقتضى إيراده ترجيح عدم الحنث وكأنه للعرف لكن في عدم حنثه في قسمة الرد توقف، وفي «الْبَحْر» أنهم لو أرادوا قسمة المأجور [فإن قلنا أنه بيع خرجت على القولين يعني في بيع المأجور].

وإن قلنا: إنها إفراز فإن لم يتضرر المستأجر صارت وإلا فلا، وسيأتي إن شاء الله تعالى زيادة تفريع على القولين بيع زيادات مهمة.

فَرْعٌ: قسمة الوقف عن الملك إذا قلنا: [إنها بيع لا يجوز].

وإن قلنا: إنها إفراز جازت، واختاره الرُّويَانِي والمصنف في زوائد «الرَّوْضَة» وقال المَاوَرْدِي: إن قلنا إنها إفراز جاز جبرًا وإن قلنا: بيع ففي الجواز قولان:

أحدهما: المنع مطلقًا تغليبًا للوقف.

....

والثاني: عكسه تغليبًا للملك، انتهى.

قال المصنف بعد اختياره السابق: وهذا حيث لا رد لو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من المالك لم يجز ذكره في «المهذب» وغيره، انتهى.

قال في «الذَّخَائِر»: وهذا لا يجيء على قولنا القسمة التي فيها الرد يكون بيعًا؛ لأنها بوجود الرضا صارت جملتها بيعًا فيكون مضمونها بيع الوقف، وهذا لا يجوز وإنما يتخرج هذا على قول من قال: إن ما يقابل العوض المردود يكون بيعًا وما لا يقابله يكون إفرازًا، انتهى وهذا حسنٌ.

وتابعه عليه ابن شداد وسبق أن الفارقي ترك كلام «المهذب» في قسمة الرد على هذا التفصيل، فإن صح انتظم كلام «الذَّخَائِر».

وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» وفي «المهذب» وتبعه في «المرشد»: إن قلنا القسمة بيع لم تصح أو إنها تميز الحقين نظرت، فإن لم يكن فيها رد صحت، وإن كان فيها رد فإن كان من أهل الوقف جاز؛ لأنهم يبتاعون الطلق، وإن كان من أهل الطلق لم يجز؛ لأنهم يبتاعون الوقف، قال: وفي هذا نظر من جهة اقتضائه أن القولين في أنها بيع أو تمييز جاز بأن قسمة الرد أيضًا، كما قلنا: إن كلام الْبَنْدَنِيجِي يفهمه وأن قسمة الرد يكون بيعًا في شيء دون شيء، وقدمنا عن العراقيين وغيرهم أن قسمة الرد بيع نعم هذا موافق لما قاله الإمام تفقهًا واستنباطًا من كلام الأصحاب، انتهى.

وسقت كلام الإمام بطوله في «الْغُنِيَّة» وقال: إن التفصيل لا بد منه، قال: ولم يذكره إلا بعد أن رأينا في كلام الأئمة ما يدل عليه، وعليه اقتصر في «الوسيط» وقضية إيراده ما أبداه ابن الرِّفْعَة من قياس كلام الإمام فإنه قال: وأما قسمة الرد فبيع في القدر الذي يقابله العوض إلى آخره.

وقال أبو محمد المقدسي في أصل المسألة حيث لا رد إن كان المالك هو الطالب أجبر أهل الوقف على قول الإفراز، وإن طلب أهل الوقف لم يجابوا؛ لأنهم معتبرون للشيوع الذي توجه الوقف إليه، ولأن الظن الثاني قد لا يرى

....

القسمة مصلحة فيسعى في الرد إلى الإشاعة، قال: في «النهاية»: المحذور يعتبر شرط الواقف من الدين عليهم الوقف، انتهى.

وقال: ابن الصلاح بعد اختياره الصحة: ثم الظاهر أنها لا تلزم في حق البطن الثاني، انتهى.

لكن قد يتعذر على أهل البطن الثاني الإشاعة مع كون مصلحتهم ومصلحة الوقف فيها، فيكون قد تصرف الأولون عليهم بما يضر بهم وبالوقف في المستقبل، واعلم أن في صورة الرد شيء وهو أن ظاهر كلام «المهذب» وغيره أنه لا يحتاج أهل الوقف إلى إنشاء وقف أصلًا مع جعلهم مشاعين للطلق، ويجب أن يقال: يجب أن ينشئوا وقف الجزء المقابل بالرد وإلا فكيف يصير وقفًا [بمجرد] الابتياع.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي [وغيره]: وأما قسمة الوقف بين أربابه فلا يجوز على القولين؛ لأن فيها تغيير شرط الواقف، وقيل يجوز على قول الإفراز إذا قلنا الملك في الوقف موقوف عليه ليرغبوا في العمارة ولا تتواكلوا فلو انقرض البطن الأول وصار الوقف للبطن الثاني انفضت القسمة، انتهى.

وعبارة الإمام: وكان شيخي يقول: أبعد بعض الأصحاب فأجرى القسمة في الموقوف عند مسيس الحاجة والإشراف على الخراب وهذا بعيد لا أصل له.

وقال المَاوَرْدِي في كتاب الوقف: إن قلنا القسمة بيع لم يجز وإن قلنا إفراز حق نظر في القسمة فإن كانت فيما قد تميز حكمه عن الوقف لكون بعضه ملكًا وقفًا أو بعضًا وقف لزيد على سبيل وبعضه وقفًا لعمرو وعلي على سبيل صحت القسمة فيه وجازت لتميز حكم التبعيض، ثم إذا تمت القسمة فهي لازمة لأهل الوقف في الحال ولم يقضِ إليه، وإن كانت القسمة فيما جميعه وقف واحد على سبيل واحدة ففي جوازها وجهان:

أحدهما: لا يجوز إذا قلنا أن رقبة الوقف لا تملك.

والثاني: يجوز إذا قيل رقبة الوقف تملك ثم هي لازمة للمتقاسمين دون

وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ، وَلَوْ تَرَاضَيَا بِقِسْمَةِ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ أُشْتُرِطَ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي الْأَصَحِّ، ....

من بعدهم من البطون، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة وهو قول الشيخ أبي محمد: وليس كما قال: لما سبق عن ولده الإمام، وبالأول جزم القاضي الحسين والماوردي والْبَغَوِي هنا؛ لأن حقوق أهله مقصورة على منافعه وهذا هو المذهب المشهور.

وقال الدَّارِمِي في كتاب الوقف: إذا كان وقفًا على نفسين فأراد قسمته، قال: ابن القطان: على القولين، وقيل: يجوز، وقيل: لا يجوز، وهذا الخلاف ثلاث طرق والجزم بالجواز غريب، وذكر الجوري في كتاب الوقف: إنه لو وقف رجلان أرضًا فأراد أحد الوقف قسمتها لم يجز؛ لأن الغلة بينهم بالسواء، فإن تراضوا بذلك جاز ما أقاموا على التراضي، فإن بدا لأحدهم رددنا قسمتهم وقسمنا بينهم على ما شرط لهم فإن أراد الواقفان أن يقتسما أرض الوقف جاز؛ لأنهما عقدان مختلفان ولكل منهما إفراد وقفه وملكه، انتهى.

ولعله مبني على قول بقاء ملك الواقف على الرقبة أو يكون مراده ما إذا اختلف سبيل الوقفين كما سبق عن «الْحَاوِي» ولهذا قال: إنهما عقدان مختلفان، وهذا فيما إذا جعلنا له النظر في الوقف لو شرطه لنفسه، وقول الرَّافِعِي أول الرفع لا يجوز على القولين؛ لأن فيه تغيير شرط الواقف قد يشعر بأن الكلام فيما إذا كانت القسمة تخرج إلى التمييز كدار واحدة أو بستان كما صور بعضهم المسألة فيهما أما لو لم يكن كذلك كما سبق في العضائد ونحوها، فيجوز وكذا لو كان الوقف دارين على اثنين وجوزنا إفراد كل بدار أو بشطر دور القرية سالمة كما سبق والأقرب أنه لا فرق لأن فيه يعتبر الوقف.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ**) أي: كما في الابتداء وقيل يلزم بخروج القرعة كالقسمة المجبر عليها والمذهب الأول.

قال: (**وَلَوْ تَرَاضَيَا بِقِسْمَةِ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ أُشْتُرِطَ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي الْأَصَحِّ**) قال: الشيخ برهان الدين معترضًا على «المنهاج»: قسمة ما لا إجبار

....

فيه قسمة الرد فقط أما قسمة التعديل فجعل الأظهر فيها الإجبار، وقسمة المتشابهات قطع فيها بالإجبار فانحصر قوله: ما لا إجبار فيه في قسمة الرد وقد يقطع أولًا فيها باشتراط الرضا بعد القرعة [فكرر وناقض أما إنه كرر فإنه أعادها وأما إنه ناقض فلأنه قطع أولًا باشتراط الرضا] بعد القرعة، وقال: هنا في الأصح وليس كلامه مطابقًا لكلام «المحرر» فإنه قال: فيه: والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر تكرار الرضا بعد خروج القرعة فيه وجهان وهذا ما هنا، انتهى وناقشته في تعبيره بالأصح لما سيأتي.

ورأيت في نسخ بـ«المحرر» فيه قولان، وفيها تخبط أوجب ما وقع في «المنهاج» قال الرَّافِعِي: قسمة الإجبار لا يعتبر فيها الرضا لا عند إخراج القرعة ولا بعد خروجها، ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول؟ فيه قولان كالقولين فيما إذا حكما رجلًا فحكم بينهما، والذي يميل إليه كلام المعتبرين أنه يعتبر وذكروا أنه المنصوص وبه أجاب الشيخ أبو حامد فيما لو اقتسما، انتهى وهذا ما تضمنه «شرحه الصغير» و«المحرر» و«الرَّوْضَة». أعني اعتبار تكرر الرضا في قسمة الإجبار إذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما، ورأيت في بعض نسخ «الشرح الكبير» والذي يميل إليه كلام المعتبرين أنه لا يعتبر وذكروا أنه المنصوص ولفظه لا سبق قلم من ناقل، والذي تحرر أن قسمة الإجبار إن تولاها الحاكم أو منصوبه جبرًا لم يعتبر فيها التراضي مطلقًا، وإن حكَّم الشركاء رجلًا فقسم بينهم فطريقان:

إحداهما: القطع باعتبار الرضا بعد القرعة؛ لأنه لا بد في ابتدائها من التراضي فكذا في الانتهاء كقسمة الرد وأشهرها فيه قولان وقيل وجهان، وممن حكى الطريقتين شُرَيْح الرُّويَانِي واقتضى إيراده ترجيح الأولى حيث جزم بها، ثم قال: وقيل فيه قولان.

تنبيهان:

أحدهما: قول «المحرر»: والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر الرضا بعد خروج القرعة فيه وجهان وفي نسخ قولان يقتضي أنه لا

....

فرق بين أن يقتسموا بأنفسهم بلا قاسم أو ينصبوا حكمًا بينهم فيها أو وكيلًا فيها في جريان الخلاف، والذي أورده القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما: إنهم لو نصبوا وكيلًا عنهم فيها إنه لا بد من الرضا بعد القرعة جزمًا.

وقال ابن الرِّفْعَة عند كلام في دعوى الغلط في القسمة: إنه لا خلاف عند الأصحاب في ذلك وكذلك الحكم لو اقتسموا بأنفسهم صرح به الشيخ أبو حامد، وجزم به الإمام والغزالي وغيرهما، وهنا زيادات ذكرتها في «الْغَنِيَّة» وسيأتي ما يقدح في دعواه الوفاق، وكان التجويز أن يقال: في «المنهاج» وأصله، ولو تراضوا بأنفسهم أو بوكيل عنهم بالقسمة التي يجبر عليها اعتبر الرضا بعد خروج القرعة على المذهب، وكذا لو نصبا فيها حكمًا على الأظهر كقسمة الرد الثاني قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا فرق على المذهب وهو اعتبار الرضا بعد خروج القرعة في قسمة الرد بين أن يتولى الشركاء ذلك بأنفسهم أو بمنصوب الحاكم أو بمنصوبهم وبه صرح الفارقي.

قال صاحبه ابن أبي عصرون: والمعنى فيه أن هذه القسمة حكمها البيع فلا يلزم إلا بالتراضي بخلاف قسمة الإجبار، وقال المَاوَرْدِي: لهما في قسمة الرد أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد أو بالعكس قسم بالمراضاة بعد تلفظهما بالتراضي؛ لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون لفظهما بالرضا جار مجرى البذل والقبول وهما خيار المجلس واشتراط خيار الثلاث.

والثاني: أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان، أو في طلب الأدنى ويتناقصان، ثم يستقر بينهما على أحد الأمرين قسم هذه القسمة بالمراضاة ويبطل بها ما تقدم من تقويم القاسم ثم الخيار كما تقدم.

والثالث: أن يتنازعا في طلب أخذ الأعلى أو بالعكس ولا يتراضيا فيه بقرعة فيقطع التنازع بينهما وتبقى الأرض على الشركة.

والرابع: أن يتنازعا ويتراضيا بالقرعة ففي جواز الاقتراع بينهما وجهان،

كَقَوْلِهِمَا رَضِينَا بِهَذِهِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ.

وجه المنع: إنه بيع وليس في البيوع إقراع، ووجه الجواز: تغليب حكم القسمة فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم فلا خيار لهما بعد القرعة، وإن كان من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة خيار، وفيه وجهان: أحدهما: إنه كخيار العيب يعتبر بالفور، والثاني: إنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق، انتهى وهنا زيادات عن «الذَّخَائِر» وغيره ذكرتها في «الْغَنِيَّة».

قال: **(كَقَوْلِهِمَا رَضِينَا بِهَذِهِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ)** هذان مثالان لصيغة الرضا المعتبر بعد القرعة وعبارة «المحرر» وصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة إلى آخره، وقد يفهم أنه لا يكفي رضينا بهذا ونحوها.

وقال في «الشرح»: وإذا اعتبرنا الرضا بعد خروج القرعة فصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة أو بما جرى ولا يشترط لفظ البيع، وإن جعلنا القسمة بيعًا هذا هو الظاهر، وفيه وجهان آخران بنيا على أن القسمة بيع:

أحدهما: إنه لا بد من لفظة البيع أو التمليك.

والثاني: إنه لا يكفي قولهما رضينا بما جرى أو بهذا بل لا بد من أن يتلفظا بالقسمة بأن يقولا تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة؛ ليؤدي معنى التمليك والتملك وما ذكر أنه الظاهر هو المذكور في «الْحَاوِي» وغيره، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب والغزالي إجماعهم عليه.

وفي «التهذيب» و«الْكَافِي»: أنه لا بد في قسمة الرد وقسمة التعديل من لفظ البيع أو التمليك وطرده في كل قسمة تفتقر إلى التراضي، وإذا قلنا به؛ قال: الْبَغَوِي: فيقول من اختار الأجود في قسمة الرد ليرد شيئًا اشتريت منك مالك فيما صار إلي بمالي فيما صار وبعشرة دنانير فيقول الآخر بعتك أو ملكتك، انتهى.

وفي «النهاية»: إنا إذا قلنا القسمة الجبرية بيع فلا يبعد أن يجبر كل واحد على أن يقول بعت مالي ونصيبك بمالك في نصيبي، ثم قال: وهذا لم يشترطه

وَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ غَلَطٍ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ، ....

أحد من الأصحاب زاد في «الْبَسِيط» وإن كان ممكنًا، وقال الإمام في كلامه على دعوى الغلط إنهما لو علما في الابتداء بالتفاوت في المقسوم فالذي يقتضيه كلام الأصحاب صحة هذا وفيه غائلة، والوجه أن يقول إن قلنا القسمة إفراز فلا تصح القسمة إلا مع التعديل. وإن قلنا أنها بيع فيجوز أن تلزم بالرضا مع العلم ثم يتضح عندي اشتراط لفظ البيع هنا فإنا نقيم لفظ القسمة مقام لفظ البيع إذا جريت حقيقة القسمة وحقيقتها التعادل وهذا حسن لطيف، انتهى.

وتبعه في «الْبَسِيط» على هذا.

وقال في «الذَّخَائِر»: ولو تفاضلا وعلما تفاوتا في القسمة فقد قال الأصحاب: هو لازم، وقال الغزالي: وساق نحو كلام الإمام.

إشارة: ظاهر كلام الرَّافِعِي أن الصيغ السابقة كلها صرائح في الرضا، وقولهما رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة ظاهر وما عداهما يحتمل أنه كتابة.

قال: (**وَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ غَلَطٍ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ**) إذا قسم قسام القاضي جبرًا، ثم ادعى أحد المتقاسمين غلطًا أو حيفًا نظر إن لم يتبين ما يزعم به الحيف أو الغلط لم يلتفت إليه، وإن بينته لم تمكن من تحليف القاسم كما لا يحلف القاضي إنه لم يظلم ولا الشاهد إنه لم يكذب لكن إن أقام بينة سمعت ونقضت القسمة كما لو أقامها على ظلم القاضي وكذب الشهود.

قال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ويمتحنا ويعرفا الحال فيشهدا، وألحق السرخسي بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع ومستحبا ما أخذه فإذا هو سبعمائة، هذا ما ذكره الرَّافِعِي ووراءه كلمات الأولى.

قوله: القاسم لا يحلف كما لا يحلف القاضي إلى آخره، ليس بمحل وفاق، وسبق عن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف وعن القاضي الحسين في ذلك كلام فراجعه.

....

الثانية: قوله: كما لو قامت بينة على ظلم القاضي، سبق هناك أن بعضهم زيفه وأوله وأطلنا الكلام فيه في «الْغَنِيَّة».

الثالثة: قوله: قال الشيخ أبو حامد وغيره وطريقه إلى آخره، يقتضي أنه لا يقبل الشهادة بالغلط إلا من عدلين ذكرين، وبه صرح الدَّارِمِي فقال: ولا يقبل إلا عدلان، ورأيت في «روضة الحكام» إذا اقتسما قسمة إجبار، فادعى أحدهما غلطًا في القسمة لم يقبل، قوله: لأن القاسم كالحاكم ويحلف المنكر، فإن شهد شاهدان من أهل العلم بالقسمة ينقضان في حق أحدهما نقضت القسمة، ثم ذكر دعوى الغلط في قسمة المراضاة كما سيأتي، ثم قال: والبينة على الغلط شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين؛ لأن ذلك كله مال، وقد قيل: لا يقبل إلا شاهدان ذكران، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: وإن طالب الشريك بإقامة البينة على أن القسمة الجارية عادلة اكتفاء بأن الظاهر الصواب، وذكر ابْن كَجٍّ عن الشيخ أبي الحسن عن ابن أبي هريرة حكاية قول أن عليه البينة إنها عادلة وإن مدعي الغلط لا يحتاج إلى بينة وإن أبا إسحاق فصل فقال: إن قال: مدعي الغلط أن القسام الذي قسم لا يحسن القسمة ولا يعرف المساحة والحساب فالأصل ما يقوله وعلى صاحبه البينة، وإن قال: إنه سها فعليه البينة، انتهى.

وظاهر كلامه أن هذا الخلاف والتفصيل في دعوى الغلط في قسمة الإجبار التي يتكلم فيها، وكذا فهمه ابن الرِّفْعَة و«الرَّوْضَة» وزاد فيها: والمذهب الأول، وظاهر كلام الدَّارِمِي أن المدعي يكلف البينة في دعوى الغلط في قسمة الإجبار لا محالة وهو ظاهر؛ لأن القسام هنا كالحاكم، وإنما كلام ابن أبي هريرة وأبي إسحاق فيما إذا اقتسما من غير حاكم، فإن قال: فإن ادعى بعضهم غلطًا كلف البينة، فإن جاء بها رد القسم ولا يقبل إلا عدلان.

ثم قال: إذا قسما من غير حاكم بناء على أن غير الحاكم يحكم، فإن قلنا: يرجعان فبسبب وغير سبب، وإن قلنا: ليس لهما فإن اتفقا على أنه غلط أو لا يحسن بطلت وإن ادعى أحدهما قال ابن أبي هريرة: لا يقبل.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ وَاحِدٌ فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ.

وقال المروزي: يقبل ويحلف أنه لا يحسن القسم، وإن ادعى ألا عدالة حلف خصمه وإن ادعى أحدهما الغلط لم يقبل إلا ببينة؛ إذا كان من جهة الحاكم فادعى أحدهما الغلط ولم يأت ببينة فقال: حلفوا خصمي لم يفعل، انتهى لفظه.

وفيه فوائد وعادته إذا قال: إذا من غير عطف بواو وكان ذاكرًا لمسألة أخرى ويمكن الجمع بين كلامه وكلام الرَّافِعِي، نعم عن ابن أبي هريرة عدم القبول غير ما سبق عنه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ وَاحِدٌ فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ**) أي: لاحتمال ما ذكره فإن نكل حلف المدعي ونقضت القسمة هذا ما أورده وهو المشهور ولكن في دعواه الغلط، وجزم الدَّارِمِي بأنه لا يحلف شريكه.

وقال شُرَيْح: إن لم تكن له بينة فهل يحلف الشريك المنكر؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يحلف أنه لم يغلط، **والثاني**: لا يمين عليه كما لو حكم الحاكم لواحد على آخر لم يلزمه أن يحلف على أن المحكوم حق.

والظاهر أنه لو ادعى أنه يعلم أنه غلط أنه يحلف على الوجهين، وأما لو ادعى حيف القاسم جبرًا، فقضيته كلام الكتاب أنه يحلف ولم أره وفيه نظر، وهو كطلب المحكوم عليه يمين المحكوم له أن الحاكم له عليه بالحق أو لم يحف عليه، نعم؛ لو ادعى أنه يعلم أن القاسم حاف له عليه في القسم فهل يحلف كما لو ادعى أنه يعلم فسق شهوده أو كذبهم؟ وفيه وجهان:

أصحهما: التحليف فيه احتمال، والظاهر التسوية فيحلف هنا على الأصح وخذ من قول المصنف ولو ادعاه واحد أنهما لو تصادقا على الغلط أو الحيف نقضت لا محالة ولو حلف بعض الشركاء ونكل بعض، فحلف المدعي لنكولهم نقضت القسمة في حق الناكلين فقط، وقيل: ينقض في حق الكل بناء على أنها كالبينة وزيفه الإمام بأنها إنما تكون كالبينة في حق الناكل فقط، أما الحالف فقد رد يمين الرد عن نفسه.

وَلَوْ ادَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ وَقُلْنَا هِيَ بَيْعٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى.

قُلْت: وَإِنْ قُلْنَا إفْرَازٌ نُقِضَتْ إنْ ثَبَتَ، وَإِلَّا فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ، والله أَعْلَمُ.

فَرْعٌ: لو اعترف القسام بالغلط أو الحيف، فإن صدقه الشركاء نقضت القسمة، وإلا فلا، وعليه رد الأجرة.

قال: الْبَغَوِي: وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف فإن صدقه المحكوم له استرد المال، وإلا فلا وعلى القاضي الغرم.

وقال الدَّارِمِي: إذا أقر القسام بغلطه وصدقاه نقض، وإن قال: أحدهما: لم يغلط ولم يبين غلطه للحاكم فهل يغرم القاسم لمن صدقه؟ على وجهين.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ، وَقُلْنَا هِيَ بَيْعٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى، قُلْت: وَإِنْ قُلْنَا إفْرَازٌ نُقِضَتْ إنْ ثَبَتَ، وَإِلَّا فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) قال الرَّافِعِي: إذ جرت القسمة بالتراضي بأن نصبا قسامًا أو اقتسما بأنفسهما ثم ادعى أحدهما غلطًا، فإن لم يعتبر الرضا بعد خروج القرعة؛ فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة ففي «الوجيز»: أنه مبني على أن القسمة بيع أو إفراز حق.

إن قلنا إفرازًا فهو لا يتحقق مع التفاوت فتنقض القسمة إن قامت عليه البينة ويحلف الخصم إن لم يقم، وإن قلنا بيع فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل.

وأظهرهما: أنه لا فائدة لهذه الدعوى ولا أثر للغلط، وإن تحقق كما لا أثر للعين في البيع والشراء، وبهذا أجاب أكثرهم وكأنهم اقتصروا على الجواب الأصح.

تنبيهات: قوله: (قسمة تراضٍ) يشمل قسمة الرد وغيرهما من الأنواع الثلاثة.

والحاصل أنا حيث قلنا: لا يعتبر الرضا بعد خروج القرعة فهو قسمة الحاكم جبرًا فلا تقبل دعوى الغلط إلا ببينة، فإن تعدت، ففي التحليف ما

....

سبق، وقيد ابن الرِّفْعَة الكلام في قسمة الرد بما إذا قسم قاسم الحاكم، والظاهر أنه ليس بقيد إذا قيل بمذهب الإصطخري، وإذا نصبا قاسمًا وقلنا لا يعتبر التراضي فهو كالحاكم لوقوع الجبر.

قال الإمام: وفيه نظر، فإن قاسم الحاكم مولى أو شاهد ومنصوبهم ليس في هذا المعنى والمسألة محتملة، قال ابن الرِّفْعَة: المسألة مصورة فيما إذا نصباه حكمًا وصححناه، وقال: إن حكمه يلزم نفسه، وحينئذٍ فهو كقاسم الحاكم، نعم ما ذكره يتجه أن لو كان الخلاف فيما لو نصباه وكيلًا، وليس فيها اختلاف في اعتبار الرضا بعد خروج القرعة، ولهذا قال القاضي أبو الطيب: لا تسمع الدعوى جزمًا كما لو تقاسما بأنفسهما وأشار إليه ابن الصباغ، انتهى.

وادعاؤه الوفاق ممنوع، وقد سبق في المسألة وجهان، ويخرجان من كلام الرَّافِعِي فيما إذا اقتسما بأنفسهما، ولا ينقدح فرق بين أن يقتسما بأنفسهما أو بوكيلهما؛ ولهذا قال في «الذَّخَائِر»: وإذا لم يكن إجبار بأن كان القسام من جهتهما لا من جهة القاضي.

فإن قلنا يلزم بالإقرار فكقسمة الإجبار، وإن قلنا: يعتبر التراضي فتراضيا بها لم تسمع دعوى الغلط، وكذلك إذا وكلا قاسمًا أو حكمًا.

وقلنا: لا يلزم إلا بالتراضي هذا ما ذكره العراقيون، انتهى.

واعلم أن قول المصنف: إنه لا أثر للغلط فلا بدّ لهذه الدعوى يجب أن تكون في غير قسمة الربوي أما لو كان المقسوم ربويًا وتحقق الغلط في كيل أو وزن؛ فالقسمة باطلة لا محالة للربا.

فَرْعٌ: يتنازعا بيتًا من دارٍ اقتسماها فكل يدعي أنه وقع في سهمه، ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة كالمتبايعين، كذا قاله في «الْحَاوِي» و«المهذب» وغيرهما.

قال ابن الرِّفْعَة: والتنازع المذكور يفرض فيما إذا ادعى كل واحد أن البيت ما دخل في حد الآخر وأن حده ينتهي بدونه كما صوره في «الْبَحْر»

وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمَقْسُومِ شَائِعًا بَطَلَتْ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي خِلَافُ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ،

وقال: إنما ذكرناه من الحكم منصوص عليه، ثم حكى أن أحدهما لو قال: لصاحبه: حدي ينتهي إلى كذا فأنت غصبته وأضفته إلى حصتك، فالقول قول ذي اليد؛ لأنه اعترف له باليد وادعى الغصب.

فَرْعٌ: ادعى أحدهم القسمة وأنكرها الباقون فإن لم تكن متعلقة بقاسم من جهته الحاكم، قال الإمام: فالقول قول النافي، وإن تعلقت بقاسم القاضي فالرجوع إليه؛ لأنه حاكم أو شاهد ولو قسم إجبارًا، وهو على ولايته قبل قوله قسمت كقول الحاكم في حال ولايته، وإلا لم يسمع قوله ولا شهادته لأحدهما على الأصح، وقيل: يسمع أن يطلب أجرة، وهذا هو الخلاف في شهادة الحاكم بعد الحاكم بعد عزله على فعل نفسه.

قال: (**وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمقسُومِ شَائِعًا**) أي: كربعه مثلًا.

(**بَطَلَتْ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي خِلَافُ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ**) أي: فيبطل في الكل في قول، وتصح على الأظهر في الباقي ويثبت الخيار.

قال الرَّافِعِي: وبهذا الطريق أخذ أكثرهم.

وقال أبو إسحاق: تبطل القسمة قولًا واحدًا؛ لأن مقصودها تمييز الحقوق وبالاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد؛ ولأنهما إذا اقتسما، فلا بدّ أن يحدثا ما يتميز به نصيب كل منهما، وذلك في حق المستحق؛ فكان له نزعه فتعود الإشاعة، ولأن المستحق كان شريكًا، وانفراد بعضهم بالقسمة ممتنع؛ وبهذا الطريق جزم الرُّويَانِي في «الحلية» وصححه في «الْبَحْر» والمحاملي في «المقنع» وصاحب «التَّنْبِيه».

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب، والفارقي: إنه الصحيح، وبه جزم القاضي أبو الطيب وإبراهيم المروزي في «تعليقه» وابن أبي عصرون في «مرشده» و«تنبيهه» ونسبه المَاوَرْدِي إلى أبي إسحاق وجمهور أصحابنا والطريق الأول إلى ابن أبي هريرة فقط، قال المَاوَرْدِي: ولا فرق بين أن يقول: القسمة بيع أو إفراز، انتهى.

أَوْ مِنْ النَّصِيبَيْنِ مُعَيَّنٌ سَوَاءٌ بَقِيَتْ، وَإِلَّا بَطَلَتْ، والله أَعْلَمُ].

وأحسب الرَّافِعِي اعتبر نسبة الإمام والغزالي الطريقة الأولى إلى العراقيين مقتصرين عليها؛ فنسبها إلى الأكثرين، وممن أرسل الطريقتين بلا ترجيح أصحاب «الاستذكار» و«الشامل» و«المهذب» و«المستظهري» و«التهذيب» و«البيان» و«روضة الحكام».

فَرْعٌ: قال الفارقي بعد ترجيح البطلان: هذا إذا كان الجزء الشائع في حصتهما، فإن كان في نصيب أحدهما ويبعد تصوره، فإن فرض فيمن ملك أرضًا هذا الشخص جزءًا مشاعًا من أحد جانبيها ثم مات وورثه أبناؤه ولم يعلما بالتمليك فاقتسما ثم علما فإن القسمة تبطل كما لو كان المستحق جزءًا معينًا في حصة أحدهما.

قال: (**أَوْ مِنْ النَّصِيبَيْنِ مُعَيَّنٌ سَوَاءٌ بَقِيَتْ، وَإِلَّا بَطَلَتْ، والله أَعْلَمُ**) إذا استحق شيء معين نظر إن اختص المستحق بنصيب أحدهما أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر بطلت القسمة؛ لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع وتعود الإشاعة وإن تساوى المستحق في السهمين معًا بقيت القسمة في الباقي؛ لأنه لا تراجع بين الشريكين فيه وفيه وجه أنها تبطل لمعنى التفريق.

قال الرَّافِعِي: ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة فإن كانت مرسلة فكما لو ظهر دين في التركة، وإن كانت بجزء شائع أو تعين فعلى ما ذكرنا في الاستحقاق، قال: وظهور الدين والاستحقاق ودعوى الغلط لا تختص بقسمة المتشابهات، أي: بل يعم أنواع القسمة ولا يغفل عما نبهنا عليه في قسمة الجنس الواحد الربوي في دعوى الغلط.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي: وإذا اقتسم الورثة أرضًا ورثوها عن أبيهم ثم ادعى أحدهم أنها كانت لأمه وأقام بينة لم تقبل منه وإقراره بالقسمة يبطل دعواه.

قلت: وهذا وجه نبهنا عليه في أجزاء المرابحة من «الْغَنِيَّة» وفي المسألة خبط كثير.

....

فَرْعٌ: اقتسموا التركة ثم ظهر دين ببينة أو بإقرارهم كما قاله الـمَاوَرْدِي وغيره.

إن قلنا: القسمة إفراز لم تبطل، وتباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه، هذا هو المشهور، وحكاه الإمام عن العراقيين، ثم قال: وليسوا مساعدين عليه؛ فإن الإقرار يصرف في متعلق الدين فيظهر فساده كالبيع، انتهى.

وإن قلنا: إنها بيع فقد سبق في كتاب الرهن خلاف في بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وصحح الشيخان المنع وسويا بين الدين المستغرق وغيره على الأصح، وذكرا هناك أنه لو تصرف ولا دين ظاهر، ثم ظهر دين أي حدث بعد الموت أن الأصح صحة التصرف، قالا هنا: ففي القسمة ذلك الخلاف إن صححنا البيع؛ فالقسمة الجارية صححه، فإن وفوا الدين استمرت وإلا نقضت وبيعت التركة في الدين، وإن لم يصحح فالقسمة باطلة.

والمراد بالدين المذكور أولًا ما لزم ذمة الميت في حياته، وقيد مقيدون الخلاف المذكور في صحة القسمة بما إذا علم الورثة بالدين.

وقال في «الذَّخَائِر»: لا فرق بين وقوع القسمة والبيع مع العلم بالدين أو الجهل، وهو الظاهر بناء على أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن.

والمراد بظهور الدين بعد القسمة المذكور ثانيًا أن تحدث عليه دين بعد موته، وبعد القسمة بأن باع شيئًا، وأكل ثمنه ثم رد البيع بعد موته، أو كان حفر بئرًا عدوانًا ثم تردى بعد موته فيها مترد بصحته.

وفي «روضة الحكام»: إن قلنا: الدين السابق على الموت لا يبطل التصرف فهاهنا أولى، وإن قلنا: يبطل فقد قيل لا يبطل هنا، ويقال: للوارث إما أن يقضي الدين أو تبطل القسمة.

فصل

بقي من مسائل الباب جملة صالحة أوردت منها طرفًا في «الْغَنِيَّة»:

المسألة الأولى: رهنا شيئًا وانفك نصيب أحدهما فأرادا القسمة، فإن كان

....

مما ينقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون فله أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه، نص عليه الشَّافِعِي، وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء كعبدين متساويي القيمة فأراد أن ينفرد بأحدهما فلا يجاب، وإن كان أرضًا مختلفة الأجزاء كالدار، قالوا: يلزم الشريك موافقته ولا يلزم المرتهن الموافقة على الأصح لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة هذا ما ذكره العراقيون كما نقلاه.

قالا: وزاد آخرون ومنهم أصحاب الْقَفَّال فقالوا: تجويز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق فإن جعلناها بيعًا فهو بيع المرهون بغيره، وهو ممتنع واختاره بعض المتأخرين وهو قوي، وأطبق الجمهور على تجويز القسمة هنا وجعلوا تأثير كونها بيعًا افتقارها إلى إذن المرتهن وإلا فيرفع الأمر إلى القاضي؛ ليقسم وفي وجه لا حاجة إلى إذن الشريك في المتماثلات، والصحيح الأول.

ولو قاسم المرتهن وهو ما دون له من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع المالك أو غيبته جاز وإلا فلا، قالا: ولو رهن واحد من اثنين ووصى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي فيه الرهن، ففي اشتراط إذن الذي بقي رهنه ما ذكرناه، وإذا منعنا القسمة فرضي المرتهن قالا: فالمفهوم من كلام الجمهور صحتها.

وقال الإمام: لا تصح وإن رضي؛ لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن، فأما بيعه ما ليس برهن ليصير رهنًا فلا.

قال الرَّافِعِي: وهذا إشكال قوي.

قال المصنف: قلت: ليس بقوي لمن تأمله، ولا يسلم الحكم الذي ادعاه؛ فالمعتمد ما قاله الأصحاب، والله أعلم، انتهى.

وقد قال قبل هذا الموضع: إنه لو أذن المرتهن في بيع الرهن بشرط أن يجعل ثمنه رهنًا مكانه أن أظهر القولين بطلان الإذن والبيع، وحينئذ فيلزمه أن يسلم الحكم الذي ادعاه الإمام، فالإشكال قوي كما قاله الرَّافِعِي، وإنما

....

يجاب عنه بأن يقال: القسمة ليست بيعًا من كل وجه، واغتفر فيها هذا.

قال الرَّافِعِي: ولو أراد المتراهنان القسمة قبل انفكاك شيء منه؛ فعلى التفصيل الذي بيناه، قيل: وهذا ما يفهمه كلام «المهذب» وغيره لكن الشَّافِعِي والجمهور إنما صوره فيما إذا انفك نصيب أحدهما، فيجوز أن يكون سببه أنه حينئذ تكون القسمة أثر ظاهر في إطلاق تصرفه في المنفك.

وقيل: انفكاكه لا يظهر فائدة، ويجوز أن يكون حكم الحالين مختلفًا، وهو الذي يظهر وحينئذ فالتقيد بحالة الانفكاك لا بد منه على قولنا القسمة بيع للحاجة إلى القسمة حينئذ، كما يباع الرهن في الجناية للحاجة إلى أداء حق المجني عليه، وأما بيعه لا لحاجة فغير جائز، ولهذا لا يجوز بيعه ليكون عنه رهنًا مكانه، ولعل كلام الشَّافِعِي والجمهور مختصًا بالمسألة الأولى وكلام القفاليين بالثانية، انتهى.

فَرْعٌ: إذا رهن نصبه بكماله من مشترك مشاع جاز قطعًا، وكذا لو عمد إلى موضع معين منه كتب من الدار فرهن نصيبه منه بإذن شريكه، وكذا يعتبر إذنه على الأصح، فإن كانت الدار لا تحتمل القسمة صح الرهن قطعًا؛ ولبعض المتأخرين المحققين كلام مقيد على المسألة ذكرت منه طرفًا صالحًا في «الْغَنِيَّة» يتعين الوقوف عليه.

المسألة الثانية: وطريق قسمتها المهايأة مُيَاوَمَةً أَوْ مُشَاهَرَةً أَوْ مُسَانَهَةً ونحو ذلك، فإن كانت العين قابلة للقسمة فلا إجبار على المهايأة بحال إذا ملكاها، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض، والآخر بعضها أو يسكن هذا بعض الدار وهذا بعضها، وامتنع الآخر لم يجبر، وإن تكن قابلة للقسمة كالعبد والدابة والقناة والدار والطبقة والحمام الصغير، أو كانت تقبلها ولكنها مستأجرة لهما أو موصى لهما بمنافعها فإن اتفقا على المهايأة فذاك وإلا لم يجبر الممتنع على الأصح المنصوص، وظاهر المذهب في «فتاوى» الْقَفَّال لما فيها من تأخير حق الآخر بخلاف قسمة الأعيان.

....

والثاني: عن ابن سُرَيْج أنه يجبر كما في قسمة الأعيان، وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه مخرج من القول بإجبار الشريك على العمارة، وعلى هذا الوجه يقرع للبداءة، قال الرَّافِعِي: ويجوز أن يكون الحكم في قدر النوبة كذلك.

فروع: أحدها: إذا تهايأ فالنفقة المعتادة على العين إذا احتج إليها كنفقة العبد والبهيمة على ذي النوبة، قال: الْبَغَوِي في «تعليقه»: على الأصح، والثاني يكون عليهما أي يوم كان، انتهى.

والمؤن النادرة [كالفطرة وأجرة الفَصد والحجامة والتطيب حكمها حكم الأكساب النادرة] كَالْوَصِيَّةِ وَالْهِبَةِ وَوُجِدَ أَنَّ الرِّكَازَ فِي زَمَنِ الْمهَايَأَةِ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا لِذِي النَّوْبَةِ فَعَلَى هَذَا تَكُونُ الْمؤَنُ النَّادِرَةُ عَلَيْهِ إِلَّا أَرْشَ الْجِنَايَةِ كَمَا سَيَأْتِي.

واختاره صاحب «الانتصار» في «مرشده» و«تنبيهه» أن يكون بينهما.

قال في «البيان»: وعلى هذا لا تحسب المدة التي كسب فيها ذلك من مدة ذي النوبة، وتكون المؤن النادرة عليها.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذلك المعتادة في زمن تحصيل ذلك.

قال الرَّافِعِي: وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى يبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة موائمة أي ونحوها.

ثانيها: إذا استوفى نوبته ثم رجع عن المهايأة، أطلق القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» القول بأنه لا ينفعه الرجوع حتى لو اتفقا على المهايأة لزمت؛ لأنها نوع قسمة والقسمة تلزم بالتراضي، وجزم في «الذَّخَائِر» بجواز الرجوع بعد التراضي، وحكى وجهين في جواز رجوعه بعد استيفاء نوبته [والرافعي جزم بجواز الرجوع في أثناء نوبته وحكى الوجهين في الجواز بعد استيفائها] وهما في «النهاية» وغيرها مفرعان على المذهب وهو عدم الإجبار عليها، فإن قلنا: لا يجبر مكن ويعرف نصف الأجرة، وإلا فلا يمكن ويستوفى الأجر مدته، وقضية هذا [البناء][1] ألا يفرق بين ما قبل

(١) في نسخة: (البيان).

....

الاستيفاء [وما بعده وبنى الْبَغَوِي وتبعه الرَّافِعِي على الخلاف ما إذا جاءت بتوبته فامتنع من استيفائها].

فإن قلنا: يجبر فهو مضيع لحقه ولا أجرة له وإلا فله الامتناع، وطلب نصف أجرة المثل.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يجب عليه نصف المؤنة، وهو كما قال رحمه الله: ولو انهدمت الدار أو مات العبد ونحو ذلك بعد نوبة الأول فعليه نصف أجر المثل، وفي رجوعه بنصف بدل المؤنة ما سبق.

ثالثها: إذا لم يجبر على المهايأة وأصروا على النزاع وأهملوا الملك فماذا يصنع به؟

قال في «الذَّخَائِر»: قال: أصحابنا: يتركوا إلى أن يصطلحوا، وقيل: إنه يباع ويقسم الثمن.

قال الإمام: ولا أعده من المذهب، وإنما هو قول السلف، وحكى الوجهين في كتاب الصلح عن القاضي الحسين، وهما هناك في «تعليقه»، وفي «فتاويه»: إنه لو كان بينهما دار لا تحتمل القسمة، فقال: أحدهما: لا يسكنها ولا أمكنه من سكناها أن الحاكم إما أن يجبرهما على المهايأة أو يبيعها عليهما، انتهى.

وقال الْبَغَوِي: المذهب أنها لا تباع بل تؤجر عليهما، وتصرف الأجرة إليهما، وهذا ما أورده ابْن كَجٍّ وغيره، وصححه في أصل «الرَّوْضَة» وابن الصلاح، والخلاف قريب من الخلاف في الإجبار على العمارة، وينبغي إذا أجر الحاكم عليهما أن يقتصر على أقل مدة تؤجر تلك العين فيها في العادة إذ قد يتوافقا عن قرب، وهل تتوقف الإجارة على ثبوت الملكية لهما ببينة أم يكفي تصادقهما؟

لم أرَ فيه شيئًا، وإنما تكلموا فيه في القسمة بينهم بالتصادق، ويشبه أن يجيء فيه ما قدمناه في مواضع في بيع مال المديون، وهنا أولى بالمسامحة

....

والاكتفاء بالنذر والتصرف، وهذا كله في الكاملين المتصرفين فلو كان أحدهما محجورًا لصغر ونحوه فالمولى يقوم مقامه في الأحظ له إن جرت المهايأة فلو تمانع الولي [والشريك][1] المطلق التصرف فالوجه أن الحاكم يؤجر هنا جزمًا عليهما حيث لا يجد راغبًا في استئجار نصيب المحجور بمفرده، ولو طلب الرشيد المهايأة ولا حظ للمحجور فيها، لم يجز للولي إجابته على المذهب، ولم أرَ في ذلك جميعه نصًّا.

رابعها: قال الرَّافِعِي: لو استأجر أرضًا وطلب أحدهما المهايأة فأبى الآخر وجب أن يعود الخلاف في الإجبار، وإن أراد قسمتها ففي «فتاوى» القاضي الحسين أنها جائزة على قول ابن سُرَيْج ثم إذا اقتسما وحدث بنصيب أحدهما عيب فله الفسخ، قال: وينبغي أن يقال: لشريكه الفسخ أيضًا، ولو طلب أحدهما القسمة، وامتنع الآخر هل يجبر عليه جعله على وجهين، انتهى.

ولفظ «الفتاوى»: استأجرا قطعتي أرض منفصلتين ثم أرادا القسمة ليزرع كل واحد قطعة، لا يجوز جبرًا، فإن كان المأجور قطعة واحدة غير متفاوتة الأجزاء فطلب أحدهما القسمة، هل يجبر الآخر؟ يبنى على أنه هل يجبر على المهايأة؟

وفيه وجهان: **أحدهما**: نعم كقسمة الرقاب.

والثاني: لا، لمعنيين أحدهما ما فيه من تقديم حق أحدهما والثاني؛ لأن الرقعة ليست مملوكة له.

جئنا إلى ما نحن فيه، فإن قلنا: هناك يجبر، أجبر هنا، والآن قلنا: هناك لا يجبر، فهاهنا وجهان بناء على المعنيين، فإن قلنا: المعنى تقديم حق أحدهما على الآخر، فهاهنا يجبر لعدم المضي، وإن قلنا: عدم ملك الرقبة لم يجبر، انتهى.

خامسها: لو كان بينهما بقرة حلوب ونحوها فأراد المهايأة في لبنها لم

(١) في نسخة: (الشريف).

....

يجز؛ لأن اللبن ربوي، وهو مجهول، قاله القاضي الحسين والْبَغَوِي وإبراهيم المروزي، وبه جزم الرَّافِعِي فيها، وفي الشجرة المثمرة لتكون ثمرتها لهذا عامًا لما فيه من الزيادة والنقصان.

قال المصنف: وطريقهما أن يبيح كل واحد لصاحبه مدة، انتهى.

ويظهر أن يقال: إن قصدا به المعارضة بأن تواطأ عليه أولًا لم يجز، وإن قصد كل واحد المتجه والإباحة، وعبارة إبراهيم المروزي بعدما سبق: ولو قال لصاحبه: أبحت لك حلب شاتي، فهو إباحة المجهول، كما لو قال: لغيره: أبحت لك ما تأكله من هذا الطعام، فيجوز مسامحة.

المسألة الثالثة: لو كان بينهما دين وأرادا قسمته.

قال المَاوَرْدِي: إن كان على غريم واحد فقسمته فسخ للشركة فيه، فإذا فسخت انقسم الدين في ذمة الغريم، وصار لكل واحد منهما قدر حقه، وله أن ينفرد باقتضائه وقبضه منه، وكان ما يقبضه مشتركًا بينهما إن قبضه عن غير إذن شريكه.

وإن أذن له في قبض حصته منه جاز وكان إذنه فسخًا للشركة، ولا وجه لمن خرجه على القولين في أداء المكاتب إلى أحد الشريكين، قال: كتابته بإذن الآخر، والفرق ثبوت الحجر على المكاتب وعدمه في الغريم، وفي بعض ما ذكره نظر يحتاج إلى تأمل، وينبغي في بعض أن يتأمل ما ذكره مع ما ذكره في باب الشركة فيما إذا باع أحدهما العبد المشترك بإذن شريكه وقبض جميع ثمنه.

وفي «الإبانة» حكاية وجهين في انفراده بما أخذه مع الإذن، وإن كان الدين على جماعة فلا يجبر واحد منهما على انحصار حقه على شخص من الغرماء لتفاوت الذمم واليسار وغيرهما.

قال المَاوَرْدِي: وفي جواز قسمته وغيره، وفي جواز قسمته اختيارًا قولان، صحح السرخسي المنع، وبناهما المَاوَرْدِي على أن القسمة بيع أو إفراز؟

....

إن قلنا: إفراز جازت، وإلا فلا، وبيع الدين بالدين ممتنع، وقيل: لا يجوز على القولين قطعًا، وهو الجواب في «العمد» و«الإبانة» و«العدة» وصححها الرَّافِعِي، وقال: إن قلنا: إفراز فإفراز ما في الذمة ممتنع إلا بقبضه، وعبارة «العمد» و«الذَّخَائِر»: ولا يجوز قسمة الديون مثل أن تكون الشركة ألفين، فقال: أحد الاثنين: لك الألف الذي على فلان ولي الألف على الآخر لم يصح، فإن قال: خذها حقًا لك حتى آخذ أنا الآخر، فأخذ المأذون له الألف فهل يملكه أم لا؟ فيه وجهان، وعبارة «الإبانة» و«التَّرْغِيب» فهل يصح أم لا؟

فيه وجهان، وحكاهما الرَّافِعِي عن رواية السرخسي قولين أصحهما: المنع، قال المَاوَرْدِي والروياني: وطريق صحتها على قول المنع أن يحيل كل واحد منهما لصاحبه على الغريم الذي اختاره فتعين ذلك بالحوالة دون القسمة، انتهى.

وهذا ظاهر إذا كان لكل واحد من الشريكين ما يحيله به أما إذا لم يكن فطريقة التوكيل لا الحوالة الحقيقية.

المسألة الرابعة: جماعة بيدهم عقار وطلبوا من القاضي قسمته بينهم، فإن أقاموا بينة على أنه ملكهم أجابوا بهم، هذا هو المشهور والمنصوص واعترض ابن سُرَيْج، فقال: إنما تقام البينة، وتسمع على خصم ولا خصم هاهنا، وأجاب ابن أبي هريرة: بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك، وقد يكون لهم خصم غائب فتسمع البينة؛ ليحكم لهم عليه، وفي الجواز نظر لا يخفى، وإن لم يقيموا بينة، ولكنه بأيديهم ولا ينازعه بينهم فيه ولا بينهم وبين غيرهم في ملكيته فطريقان أظهرهما: فيه قولان، أحدهما: لا يجيبهم؛ لأنه قد يكون لغيرهم ويدهم بإجارة أو إعارة أو غيرهما، فإذا قسمه كان منصرفًا في ملك الغير وأيضًا فقد يتعلقون بقسمته ويعدونها حجة في بيوت الملك، وهم مبطلون.

قال الرَّافِعِي: وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد وطبقته، وممن صححه المَاوَرْدِي والجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وثانيهما: وبه قال الإمام أحمد أنه يجيبهم اكتفاء بدلالة اليد على الملك، ولكن يكتب ويشهد أنه

....

إنما قسم بينهم بقولهم؛ لئلا يتمسكوا بقسمته، وينبغي الاحتمال المذكور، قال ابن الرِّفْعَة: وصححه الْبَنْدَنِيجِي والإمام والغزالي في بقية كتبه وابن أبي الدَّم، وإليه ميل القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والرافعي في «شرحه الصغير» حيث حكى ترجيحه عن الإمام والغزالي بلا زيادة، وهو المختار.

قال الإمام: واحتمال كون الملك للغير فيكون منصرفًا فيه قبل ثبوت موجبه مندفع بجواز دخول القاضي تلك الدار للعبادة ونحوها، وما زال الأتقياء الأبرار يعتادون مثل ذلك، ويبنون الأمر على ظاهر اليد، وإن لم يقم عندهم حجج في الأملاك ولا نعلم خلافًا أن من باع دارًا في يده، وأشهد على البيع القاضي أنه يثبت إقراره، ولا يطالب بتثبيت الملك قبل البيع، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي والروياني: يستظهر القاضي على هذا القول بأمرين: أن ينادي هل من منازع ليستدل بعدمه على ظاهر الملك، والثاني: أن يحلفهم أنه لا حق لغيرهم فيه، وهل اليمين استظهار أو واجبة؟

فيه وجهان، فعلى الثاني: لا تجوز القسمة قبل التحليف، وعلى إيراد هذه الطريقة اقتصر القاضي الحسين، ونسبها المَاوَرْدِي إلى الأكثرين.

والطريقة الثانية: القطع بالقول الأول، وذكر في «الْبَحْر» أنها أصح، واقتضى كلام المصنف في زيادة له في «الرَّوْضَة» ترجيحها، فقال: قلت: المذهب أنه لا يجيبهم، وجعل قائلها القول بالإجابة حكاية عن الغير حيث قال: في «المختصر» بعد حكاية القول الأول، وقد قيل: يقسم، ويشهد أنه قسمها على إقرارهم، ولا يعجبني ذلك.

تنبيهات:

منها: قضية كلام الإمام أن الخلاف في الجواز، وعبارة الأكثرين: هل يجيبهم أولًا؟ ولم يبينوا هل تمتنع الإجابة أو أن ذلك مفوض إلى رأي الحاكم؟

ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: اعلم أن الخلاف في جواز إقدام القاضي على

....

القسمة، أما وجوبها عليه فلا خلاف في عدمه كما قاله القاضي الحسين والفوراني وصاحب «الْبَحْر» وعكس الإمام فقال: وليس ينقدح عندي الامتناع عن القسمة وجه نعم يجوز القطع بجوازها وأما وجوبها، ولم يثبت «عمد» القاضي الملك ففيه تردد من جهة أن الوجوب يستدعي موجبًا فأما الجواز فيكفي فيه ظاهر الحال.

وكذلك قال: في «الْبَسِيط»: ولا يتجه خلاف في جواز الإجابة بل يجب القطع بجوازها، وإن اتجه ففي الوجوب من حيث إن الإيجاب عليه من غير ثبت فيه نظر، فأما الجواز بناء على الظاهر مع تقييد المكتوب بالاعتماد، على قولهم لا يبين لمنعه وجه.

وقال في «الذَّخَائِر»: إن لم يمنعوا الملك لم يجب عليه إجابتهم قولًا واحدًا، وهل يجوز إجابتهم؟ فيه طريقان، ولم يعرج على كلام «الْبَسِيط» مع أنه عمدته غالبًا.

وعبارة الْبَغَوِي: فهل له أن يقسم بينهم؟ فيه قولان والمشهور ذكر الخلاف في الجواز لا في الوجوب.

ومنها: علل الجرجاني منع إجابته بأن من الناس من يرى قسمة الحاكم حكمًا منه بالملك فلا يأمن أن يكون لغيرهما، فيرفع إلى حاكم بعده فيحكم لهما بالملك، وهذا منه يقتضي أنا لا نقول أن القسمة حكم بالملك بخلاف غيرنا.

وقال المَاوَرْدِي: إذا كانت الدار في يدي رجلين وأراد من الحاكم قسمتها بينهما نظر إن نازعهما غيرهما لم يجز له إذا حكم لهما باليد أن يقسم ما بينهما مع ظهور المنازع إلا ببينة تشهد بها لهما قولًا واحدًا؛ لأن قسمة الحاكم إثبات لملكيهما واليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك، وإن تنازعا هل كل منهما ملكًا جعلها بينهما بأيديهما وأعانهما، ولا يجوز له أن يقسمها بينهما إن سألاه ذلك ولا يمنعهما منه، وإن لم يكن لهما منازع، وهما معترفان بالشركة، وإذا سألاه القسمة كلفهما البينة، فإن أقاماها قسمهما بينهما إجبارًا أو

....

اختيارًا، وإن عدما البينة وتفردا باليد وعدم المنازع، فقد نصَّ الشَّافِعِي فيها على مذهبه أنه لا يجوز له مع عدم البينة، ويقول لهما: إن شئتما فاقسماها بينكما باختياركما، ولا أحكم بقسمها منكما لجواز أن يكون لغيركما فيجعلا حكمي بالقسمة حجة لكما في الملك، ودفع لمن يعلمه أحق منكما به، فإن أقاما البينة بابتياعهما لها لم تكن بينة بالملك، وكذا لو أقاما هنا بأنها صارت إليهما ميراثًا من ابنهما لم يكن بينة بالملك؛ لأن يد البائع ويد الأب كأيديهما، ثم حكى القول الآخر واختلاف الأئمة في تخريجه قولًا ثانيًا للشافعي، وفي كون الشهادة بأنها صارت ميراثًا إليهما من ابنهما لا يتضمن إثبات الملك لهما بوقف بخلاف صورة الابتياع.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وإذا قلنا: لا بد من البينة كفى رجل وامرأتان، قال: ابْن كَجٍّ: ولا يكفي شاهد ويمين؛ لأن اليمين إنما تسرع كون هناك خصم يرد عليه لو فرض نكول، وعن ابن أبي هريرة أنه يكفي، وبه جزم الدَّارِمِي وهو المختار، ثم قال: وعندي يسمع شهادة دون يمينه؛ يعني: قول شاهد واحد دون يمينه وكان وجهه أن القاضي يستأنس به في جواز الإقدام على القسمة، وتضعف معه التهمة وكونه ملكًا للغير، وإن لم يثبت بالشاهد الواحد ملك، وهذا قبول خبر لا شهادة محضة، وله نظائر تأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: الذي رأيته للأصحاب إلا ما سيأتي عن الدَّارِمِي ذكر الطريقتين السابقتين فيما إذا سأل جميع الشركاء من الحاكم أن يقسم بينهم أو ينصب قاسمًا بينهم، وإن الخلاف إنما هو في الجواز وعدمه كما صرح به جماعة، واقتضاه كلام كثيرين إلا ما سبق عن الإمام والغزالي وهو من تصرف الإمام قطعًا، ولا أنكر وجهه وإنما الكلام في المنقول إذا عرفت هذا فقد حكى الإمام فيما إذا جاء واحد من الشركاء طالبًا للقسمة مع امتناع الباقين، طريقتين:

إحداهما: تجب القسمة في هذه الحالة قطعًا للخصومة.

والثانية: طرد القولين، وفي «الْبَسِيط»: ولو انفرد واحد واستدعى إجبار الباقين، فطريقان فذكرهما.

....

وعبارة الرَّافِعِي: ولو طلب بعضهم القسمة وامتنع الآخرون بيع اتفاقهم على الملك فهل يقسم القاضي؟

فيه الخلاف يعني الطريقتين السابقتين في حال طلب جميعهم القسمة، وهذا منه يحتمل أمرين: **أحدهما**: إنه جرى منه على طريقة الإمام والغزالي.

والثاني: إنه رأى جريانها عند طلب البعض كجريانهما عند طلب الكل، وإن كان الخلاف في الجواز، فإذا أداه النظر إلى إلزام الممتنع مؤاخذة له بإقراره جاز له إجباره على قول أو طريقة، والظاهر من كلام الجمهور القطع بأنه لا يجب على القاضي إجبار الممتنع إلا أن يقيم بينة بالملكية لجميعهم إن تصور من الطالب إقامتها أو علم القاضي ملكيتهم العين وجوز له القضاء بالملك، وأما من يقول الخلاف في الوجوب فيوجب عليه إن تعسف الطالب، ويجبر الممتنع ويحكم عليه بموجب إقراره وموافقته على أن ذلك مشتركٌ بينهم.

وقد يقال: وجوب الإجبار هنا أظهر من صورة الاتفاق؛ لأن هناك يصح أن يقتسموا بأنفسهم من غير حاكم فلا ضرورة إليه بخلاف مسألتنا، فإذا لم يسعف الطالب تصور ترك القسمة، وينبغي أن يكون محل الخلاف إذا كان غير الطالب موافقًا على غير القسمة من التصرفات الجائزة للشركاء أما لو كان ممتنعًا ولم يجبره على المهايأة ولا البيع فيشبه أن يقطع هنا بوجوب إخباره عملًا بموجب إقراره، ويكتب في كتاب القسمة إنه قسم بينهم بتصادقهم على الملك، وهذا ما ظهر لي في ذلك.

ومنها: إذا جوزنا للقاضي القسمة بمجرد تصادقهم على الملك وعدم المنازع مطلقًا، فلا بدّ أن يكتب في كتاب القسمة أنه قسم بينهم بقولهم وتصادقهم من غير بينة كما سبق، ونقل الدَّارِمِي وغيره وجهًا: إنه لا يجب أنه يكتب إنه قسم بينهم بقولهم؛ لأنه وإن لم يذكر فكل ذي حجة على حجته هكذا ذكره الدَّارِمِي وغيره، والمشهور المنصوص الأول، وفي عبارة الدَّارِمِي فوائد.

قال: فإن جاءاه يطلبان أو أحدهما قسم ما لا يعلمه لهما، فقولان:

....

أحدهما: يقسم ويكتب في كتاب القسم بقولهما، وقيل: لا يجب.

والثاني: لا يقسم إلا ببينة يشهد بها لهما فإن قسم، وقلنا: لا يقسم لم ينقض حكمه ما لم تكن بينة، وإن قلنا: يقسم من غير بينة فجاءا ببينة، قال: ابن سُرَيْج: لا تسمع؛ لأنه لا مدعي.

وقال ابن أبي هريرة: يسمع ذلك اختلفا في رجل أقام بينة على شيء بيده لا مدعى عليه، فأفاد أن الخلاف يجري مجرى طلب أحدهما، وأن محله ما إذا لم يعلم أنه لهما، وهو من فروع القضاء بالعلم، وأما إذا قلنا: لا تقسم إلا ببينة فقسم ولا بينة لم ينقض ذلك إلا ببينة، وإن كلام أبي علي وابن سُرَيْج مفرع على القول بأنه يقسم بلا بينة وأن ابن سُرَيْج، قال: إنها لا تسمع وإن خلافهما فيمن أقام بينة على شيء في يده أنه ملكه، ولا منازع له، هل يسمع ويقدم عنه فائدتان أخريان.

فَرْعٌ: جميع ما تقدم في قسمة العقار، وأما المنقول إذا ترافعوا فيه وهو ما بأيديهم، قال الرَّافِعِي: حكى ابْن كَجٍّ طريقين: أظهرهما: أنه كالعقار، والثاني: القطع بأنه يقسم، وإن لم تكن بينة؛ لأن العقار يتأبد ضرره فيكون أجدر بالاحتياط، وكذلك خص بإثبات الشفعة فيه، وأرسل الدَّارِمِي وغيره ذكر الطريقين بلا ترجيح وفي «روضة» شُرَيْح بعد الاقتصار ذكر القولين في العقار، وإن كان ذلك في الدراهم والدنانير والأموال عن العقار.

قال أبو إسحاق: يقسم بينهم.

وقال ابن أبي هريرة: فيها أيضًا قولان.

وقال الإصطخري: إن الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن يقسم بينهم بغير بينة، ولا أعلم فيه خلافًا.

قال: وكذلك الغنم والبقر والإبل والثياب الهروية والمروية، وإن كان ثوب من صنف وثوب من صنف فلا يقسم بينهم بإقرارهم وأيديهم كثوب خز ووشي وملجم وكتان، انتهى.

....

وهذا يفهم أنه يقسم عند اختلاف الصفة بالبينة، وهو ظاهر إن أراد الجواز لا الإجبار، واعلم أن القول بأنه لا يجب عليه إجبار الممتنع من القسمة، وهذا النوع بعيد ونحن نقطع بأنه لو ادعى مدعٍ على آخر بألف درهم في ذمته عن ثمن أو قرض أو بدل متلف وغيرها فاعترفً له بذلك وفي يده من جنس الحق المدعى به، وهو يزعم ملكه أنه لا طريق له إلى الإبقاء إلا منه؛ ولكنه لا يوفيه منه أن القاضي يجبره على الإبقاء منه أو ينتزع قدر الحق منه ويدفعه إلى المدعي، وإذا كان ذلك لذلك فما نحن فيه أولى عند امتناع الشريك من المقاسمة؛ لما فيه من الضرر البين، ويقرب منه ما لو أقر له بعين وعانده في تسليمها، ولا شك في إلزامه بدفعها إليه يقتضي إقراره له وإلا لضاع حقه وانتفاعه بماله من غير منازع فيه، وقد لا يمكنه الظفر بأخذ قدر نصيبه منه عند امتناع شريكه وليس هذا كما لو اتفقوا على الملكية وطلبوا من القاضي القسمة؛ لأنه بسبيل من أن يقول لهم لا ضرورة بكم إليَّ فاقتسموا بأنفسكم إن نسيتم إن كنتم صادقين.

فَرْعٌ: في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو كان بين قيم الصبي أو وصيه وبينه حنطة مشتركة لم يصح أن يقاسمه بنفسه، سواء قلنا: القسمة بيع أو إفراز؛ لأنه لا يجوز أن يبيع من نفسه، ولا أن يقبض من نفسه لنفسه، ويجوز للأب والجد على القولين جميعًا.

المسألة الخامسة: ذكرها المصنف في آخر إحياء الموات، ويعيدها هاهنا لفائدة نسخ، قال في «الرَّوْضَة»: هذا الذي سبق إذا لم تكن الأنهار والسواقي مملوكة، أما إذا كانت مملوكة بأن حفر نهرًا يدخل فيه الماء من الوادي العظيم أو من النهر المنخرق منه فالماء باقٍ على إباحته؛ لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه فليس لأحد مزاحمته لسقي الأرضين.

وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال الشيخ أبو عاصم والمتولي: ليس له المنع، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه دلوًا، ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهرًا إن لم يضيق عليه، وإن ضيق فلا، فإن اشترك

....

جماعة في الحفر اشتركوا في الملك على قدر عملهم، فإن شرطوا أن يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض، فليكن عمل كل واحد على قدر أرضه، فإن زاد واحد متطوعًا فلا شيء له على الباقين، وإن زاد مكرهًا أو شرطوا له عوضًا رجع عليهم بأجرة ما زاد، وليس للأعلى حبس الماء عن الأسفل بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكًا، وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات؛ جاز ولكل واحد الرجوع متى شاء؛ لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته، وقبل أن يستوفي الشريك ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء، وإن اقتسموا الماء نفسه فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة، ولو أرادوا قسمة النهر، وكان عريضًا جاز ولا يجري فيها الإجبار كما في الجدار الحائل، ولو أراد الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع النهر لئلا يقصر الماء عنهم لم يجز إلا برضا الأولين.

وكذا لا يجوز للأولين تضييق فم النهر إلا برضا الآخرين، وليس بناء قنطرة أو رحى عليه ولا غرس شجرة على حافته إلا برضا الشركاء، وإن أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري الماء فيها إلى أرضه أو تأخيره؛ لم يجز بخلاف تقديم باب داره إلى رأس السكة المنسدة؛ لأنه يتصرف هناك في جداره، وهنا في الحافة المشتركة.

ثم ذكر أن حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهها على الأصح، وفي وجوب البدل وغيره، وأنه متى اشترك المتملكون في الحفر اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل والاتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك، ثم لهم قسمة الماء بأن تنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر، ويفتح فيها ثقب متساوية على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبًا والآخر ثقبين، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحى بما صار له، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحى، وإن اقتسموا بالمهايأة جاز أيضًا، وقد يكون الماء قليلًا ينتفع به إلا كذلك، ولكل واحد الرجوع كما

....

ذكرنا في البئر، هذا هو الصحيح المعروف، وقيل: تلزم المهايأة ليثق كل واحد بالانتفاع، وقيل: لا تصح القسمة بالمهايأة؛ لأن الماء يقل ويكثر وتختلف فائدة السقي بالأيام، انتهى.

تنبيهات:

منها: صرح بأن النهر المحفور للتملك يملك دون مائه، وبه صرح جماعة، وظاهر كلام «التَّنْبِيه» يقتضي أن الخلاف في ملك الماء جاز، وفي النهر والقناة والبئر، وأن المذهب يملكه، ويوافقه قول الإمام: إن الماء يجري في النهر المملوك كماء القنوات مملوك على الرأي الظاهر.

ومنها: يتأمل قوله: فإن اشترك جماعة في الحفر، إلى آخره، مع قول ابن الرِّفْعَة: إنهم إذا ملكوا ما حفروه إذا هيّأوه لما أرادوا ويكون ملكهم على قدر ما شرطوه في ابتداء الحفر وأخرجوه من النفقة؛ لأنه إنما يملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فكان الملك موزعًا عليها، فإن أنفقوا على السواء ملكوه على السواء، وإن أنفق واحد نصف النفقة واثنان نصفها بالسوية كان للأول النصف، ولكل من الآخرين الربع وهكذا، فإذا حصل الماء في المحفور كان بينهم على قدر أملاكهم؛ لأنه المقصود بالحفر ما ملكوه بعد الوصول إليه كما لو حفروا معدنًا فوصلوا إلى نيله؛ فإنه يكون بينهم على حسب ما اتفقوا، انتهى.

ومنها: جزم الجمهور ما رجحه من جواز المهايأة، وأن يجعل لكل منهم شرب معلوم كالمهايأة في المنافع بخلاف ما سبق في لبن الشاة والبقرة، قالوا: لأن ذلك مجهول، وفيه إشكال إذا قلنا بالمذهب إن الماء يملك، وإنه ربوي، ولم يتعرضوا لبناء ذلك على أن القسمة بيع أو إقرار، وقياس قولنا: إنها بيع ألا تصح المهايأة هنا كما حكي عن القاضي الحسين، ووجهه بما سبق، وأما إذا قلنا: إنها إقرار ففيه إشكال للجهالة، وكأنهم اغتفروا ذلك، وسمحوا به للضرورة، وعدم القدرة على تحقيق التعادل والمماثلة، ولهذا قالوا: إنما يحتاج إلى الثقب إذا كان في الماء ضيق، أما إذا اتسع يجب تحصيل لكل واحد منهم فوق حاجته فلا حاجة إلى ذلك عند التراضي.

....

فَرْعٌ: لو تنازع الشركاء في النهر أو القناة على قدر الملك ولا بينة؛ فوجهان:

أحدهما: يقسم الماء على قدر الأراضي [لأن المقصود من النهر سقي الأراضي] والظاهر: أن حقوقهم على قدر أملاكهم وبهذا قال: الإصطخري، وصححه المصنف في زيادة «الرَّوْضَة».

والثاني: يقسم بالسوية؛ لأن الحيازة باليد لا بالملك والنهر في [أيديهم] فظاهر كلام الرَّافِعِي أن المسألة فيما إذا كان النهر مملوكًا لهم دون مائه، وكلام ابن الرِّفْعَة يفهم جريان الوجهين كذلك في الماء المملوك في النهر المملوك.

فَرْعٌ: لو صادفنا نهرًا تسقى منه أرضون ولم يدر أحفر أم انخرق؛ حكمنا بأنه مملوك؛ لأنهم أصحاب يد وانتفاع فلا يقدم بعضهم على بعض، هكذا نقلاه، وفي «الْحَاوِي»: أنه لو كان النهر الصغير غير معروف الأصل هل هو مباح أو مملوك؟ اختلف أصحابنا هل يجري عليه حكم الإباحة أو حكم الملك؟

على وجهين مبنيّين على أن أصل الأشياء على الإباحة أو الحظر، وعلى الثاني اقتصر المتولي؛ لأن كل من له إلحاقه فله عليه يد، وفرع على هذا صورتين:

الأولى: إذا كان بقرب النهر أرض يمكن سقيها منه إما على الحافة، فإن رأينا ساقية مادة من النهر إليها حكم بأن لها شربًا منه للظاهر، وإلا فإن كان لها شرب من نهر آخر لم يجعل لها شرب من هذا عند التنازع وإلا لكان صاحبها شريكًا لهم؛ لأن الأرض المعدة للزراعة لا تستغني عن شرب ولها شرب آخر؛ فالظاهر أن شربها من هذا النهر. **قلت**: ليس استحقاقه بالواضح عند التأمل.

الثانية: إذا كان النهر يصب في أجمةٍ مملوكة وحوالي النهر أرض مملوكة فتنازع أرباب الأراضي ورب الأجمة فهو مقسوم بينهم.

فَرْعٌ: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضًا ليس لها شرب منه [منع] لأنه يجعل لها شربًا لم يكن.

....

وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يجوز أن يسقي بهذا الماء بعد القسمة أرضًا أخرى، وأنه شبيه بالوجه المجوز فتح باب بين الدارين، وفرق بأن الدار لا يستطرق منها إلى الدار الأخرى، ومن الأخرى إلى الدرب، وهنا يحمل الماء في الساقية إليها فيصير لها رسم في الشرب.

قلت: وقضية هذا الفرق أنه لو كانت الأرض الأخرى مجاورة للأرض المستحقة للشرب فنفذ الماء منها إليها أنه لا يمنع، وقال ابن الصباغ: لو أراد أن يفعل هذا في النهر الذي ليس مملوكًا؛ فينبغي أن يجوز، انتهى وهذا ظاهر عند سعة الماء والآمن من النقص لا مطلقًا.

فَرْعٌ: الذين يسقون أراضيهم من الأودية المباحة لو تراضوا بمهايأة وجعلوا للأولين أيامًا وللآخرين أيامًا؛ فهذه مسامحة من الأولين بتقديم الآخرين وليست بلازمة، والظاهر: أن من رجع من الأولين مكن من سقي أرضه كذا قالاه، وسبق ما يقتضي نزاع فيه إذا كان قد شرع في أرضه.

خاتمة الباب بفروع منثورة: ونختم الباب بفروع منثورة من «فتاوى الشيخ الإمام أبي عمرو بن الصلاح» - رَحِمَهُ اللَّهُ - في بعضها نظر يعرف مما سبق وغيره:

سُئل أنهما اقتسما دارًا نصفين بالتراضي، ودخل بابها في قسم أحدهما وبنى الآخر الأمر على أنه يفتح في قسمه بابًا إلى الشارع فمنعه ذو سلطان من ذلك؛ لكونه نفعًا قريبًا من قرب لهم، فهل يثبت له الاستطراق من الباب الأصلي أو يفسخ القسمة؟

فأجاب: إذا تقاسما على أن المذكور يستطرق إلى نصيبه من باب يفتحه من الجهة المذكورة، فله فسخ القسمة عند امتناع ذلك عليه، وعند امتناع شريكه من تمكينه من الاستطراق في ملكه، ولا نقول يثبت له الاستطراق في ملك صاحبه من الباب الأصلي.

قلت: في تمكينه من فسخ القسمة بمنع الظالم له من الفتح إلى الشارع نظر، واقتضى كلامه أن شريكه لو مكنه من الاستطراق لا يفسخ وفيه نظر؛ لأن

....

غايته إباحة يرجع فيها متى شاء، ثم قال: بل لو لم يكن قسمة بصدد أن يفتح بابًا إلى الشارع، ولا إلى ملك له ولم يكن له مستطرق إلا في قسم مقاسمة، فهذا يلحق بمثله في البيع، وعند الإطلاق يثبت له الممر في قسم مقاسمة على أحد الطريقين وهو الأظهر، وقد ذكر الرُّويَانِي أبو مضر فيما إذا لم يكن لأحد المتقاسمين ممر عن بعض أصحابنا أنه أفسد القسمة كبيع دار لا ممر لها، ومقتضى ما حكاه جريان ما ذكرته في القسمة على حسب جريانه في البيع.

وسُئل عن جماعة عمَّروا بيت رحى وأداروا فيه حجرًا واحدًا، ويمكن أن يديروا فيه حجرًا آخر وطلب بعضهم ذلك؟

أجاب: لم يلزمهم زيادة حجر، فإن أراد الطالب زيادة من عنده، وتكون المنفعة بين الجميع ولا ضرر فيه عليهم لم يكن لهم الامتناع من ذلك والمنع منه؛ ولكن إذا منعوه من الانتفاع أصلًا بنفسه أو من الانتفاع المذكور الزائد بنفسه؛ أجبر الحاكم الجميع على الإجارة من غيرهم على وجه تدخل الزيادة المذكورة من الانتفاع في الإجارة، وتكون الأجرة بين الجميع.

قلت: وهذا مشكل؛ لأنه إذا لم يكن لهم منعه منه، فسئل الحاكم أن يمكنه منه أو يجبرهم على تمكينه منه، ولا يؤجر عليهم حيث لا مندوحة عن الإجارة كذا ظننته.

وسُئل عن أرضٍ فيها أشجار ثلثاها وقف على ولد زيد وأولاده وقفًا متصلًا، وثلثها ملك لآخر فتراضى هو والموقوف عليه على القسمة؛ فإن صحت بالتراضي ثم انتقل الوقف إلى البطن الثاني فهل لهم نقضها؟

أجاب: تصح القسمة على المختار، ثم الظاهر أنها لا تلزم في حق البطن الثاني.

وسُئل عن جماعة بينهم بستان فيه أنواع من الأشجار كبيرة، وأن بعضهم يقصد إماتة شجرة، فهل يلزمه الحاكم أن يسقيه معهم وتمكينهم من عمارته أو يقسمه؟

....

أجاب: يلزم بالسقي معهم على الرأي المختار الصحيح عند من يعتمد من اعتناء، وإذا طلب قسمة التعديل من لا يستنصر بها أجبر الممتنع عليها، ويمكن ما في الشركاء من عمارته.

قلت: وافق في الترجيح ابن الصباغ وغيره كما سبق في الصلح، والمشهور خلافه.

وسُئل عن ملك مشترك بين جماعة فتنازعوا وطلب بعضهم الغلق على باقي الشركاء؟

فأجاب: إغلاق الملك المشترك عند تشاجرهم ولم ينفصل الأمر بينهم بقسمة ولا غيرها مذهب فاسد تأباه قواعد الشريعة وقواعد المذهب، وإنما هو زلة عالم صدرت من بعض علمائنا.

قلت: الخلاف في الغلق غريب، وإنما الخلاف المشهور أنه هل يعرض عنهم أو يبيع عليهم أو يؤجر، ولعل الغلق فتوى متأخر لا يعد قوله وجهًا، ثم رأيته عزى ذلك إلى الإمام والغزالي وزيفه وسنوضحه بما فيه.

وسُئل عن أرض بين أربعة بالسوية فحضر ثلاثة واقتسموا حصصهم أثلاثًا وتركوا حصة الغائب بينهم مبتاعة، ثم حضر ورضي، فهل يصح ذلك؟ ولو اقتسموها أرباعًا وعينوا حصة الغائب ثم حضر ورضي هل تصح القسمة؟ وإن حضر ولم يرض بواحدة من القسمتين فهل يحكم بفسادهما أم بصحتهما أم بصحة الأولى فقط؟

فأجاب: القسمة المذكورة أولًا باطلة، فإن رضي بها على وجه الإجارة لما مضى لم تصح بذلك، وإن رضي على وجه الإنشاء منه للقسمة جاز مع رضاهم ذلك وصح، فإنها ليست قسمة إجبار وقسمة الرضا واسعة يحتمل فيها الرد، وما هو أكثر من ذلك، والقسمة الثانية إذا لم تكن بحكم حاكم باطلة، فإذا رضي الرابع منشأ للقسمة على ذلك الوجه جاز ذلك، وكانت قسمة لازمة، وجعل الإقرار السابق للرضا كالإقرار المقرون بالرضا.

....

قلت: وهذا غير متضح ولا سيما على ما صححه من أن القسمة بيع في كل الأحوال ولا ينبغي أن يكفي رضاهم السابق ورضاه اللاحق بل ينبغي أن يستووا جميعًا تراضيًا مستأنفًا، فإن التراضي منهم كما قاله المَاوَرْدِي منزل منزلة الإيجاب والقبول ليس هو بواقع هنا.

وسُئل عن قرية بعضها وبعضها وقف على مواضع، ولكل موضع واقف مستقل، وفي كتب الملك والوقف أن القرية كلها مشاعة والآن في يد كل واحد منهم أراضي معينة وبيوت معينة منها تنصرف فيها من سنين عدة، ويعمر البيوت من ماله من غير منازعة من شركائه، وقد ادعى بعضهم أن الإشاعة باقية وأن اختصاص كل منهم وقع بطريق التراضي لا بقسمة شرعية، فهل يقبل قوله أم لا؟

فإن ثبتت الإشاعة وطلب بعضهم القسمة في الأراضي وألزمته مع عينه بعض الملاك، فهل يجبر الممتنع منهم على القسمة؟ وما الحكم في العمارة المحدثة في البنيان هل لمحدثها أخذها؟ وهل لمتولي الوقف إن كان في القسمة رد أن يدفع من مال الوقف ردًا واحدًا.

فأجاب رَحِمَهُ اللهُ: إذا ثبتت الإشاعة من الأصل فالقول قول من يدعي استمرارها إذا لم تقم بينة على قسمة صحيحة، وإذا طلب بعضهم القسمة، فإن كان الطالب من جانب الوقف لم يجب، وإن كان من جانب الطلب ومطلوبه قسمة ماثلة ثم قسمة تعديل أجبر الممتنع، ثم من كانت له عمارة ليست من نفس الأرض المشتركة بل جاءتها من خارج أبقيت عليه وتمكن من نقلها ولا رد إلى جانب الوقف ولا بد منه من غير شرط الواقف.

قلت: وفي بعض ما ذكره مخالفة لبعض ما سبق عن الأصحاب.

وسُئل عن أيتام لهم خشب مدرك قد جاء أوان قطع أكثره والباقي لغائب لا نائب له خاص، وهم محتاجون إلى بيعه ولا يشتري نصبهم مشاعًا من غير أن يتيسر القطع فيه للمشتري، فهل يجوز قطعه وحفظ نصيب الغائب أو ثمنه؟

....

فأجاب: إن كان يخاف من إبقائه في الأرض غير مقطوع فواته أو فوات بعضه قطع بالحاكم، ثم إن تيسر حفظ نصيب الغائب منه، وأمكنت قسمة مماثلة أو تعديلًا بالقيمة قسمه الحاكم باستقسام ولي اليتيم، وإن لم يتيسر حفظ نصيب الغائب [من أعيان الخشب المقطوع بيع جميع الخشب ويحفظ الحاكم نصيب الغائب من الثمن] وإن أمكن حفظ نصيب الغائب منه لكن ليس مما ينقسم قسمة إجبار لا مماثلة ولا تعديل، فإن وجد من يشتري نصيب الأيتام بيع منه مشاعًا، ولا ينبغي بيعه مشاعًا إلا بمثل عنه لو بيع مع الجميع، فإن كان يوكس في ثمنه بسبب الإشاعة فلا يسوغ احتمال ذلك بل تعدل إلى بيع الجميع على الجمع، فإن هذا المشترك قد دار بين أقسام كل منهما لا يخلو عن صور فيتعين أهدافها لما عرف وتقرر، وقد اختلفوا في نظائره؛ ليتطرق إليها الإجبار على القسمة منهم من صارفها إلى الإجبار على المهايأة وهو ضعيف على المذهب الصحيح، ومنهم من صار إلى التعطيل، الإمام أبو المعالي والغزالي وهو أفسدها وأبعدها عن قوانين الشريعة، ومنهم من صار إلى أن يؤجر على جميع الشركاء ويقسم أجرته عليهم، وهذا هو الصحيح عند صاحب «التهذيب» وبه يفتي؛ ولكن هذا فيما نؤجر، ومنهم من صار إلى أنه يباع ويقسم عنه على الشركاء، وهذا مزيف لكن حيث يمكن الإجارة وما نحن فيه الإجارة فيه ممتنعة والتعطيل والمهايأة والقسمة فلم يبق إلا البيع فكان المصير إليه في هذا وأمثاله صحيحًا.

وأصل هذا الوجه قد صار إليه أحمد بن حنبل رضي الله عنه فيما لا ينقسم كما وجدته في كتاب أبي يعلى وابن عقيل من أصحابه، ووجهه أنه قد تعددت قسمة عينه فانتقل إلى ما لا يتعذر قسمته وهو عوضه، وقد عرف من أصلنا نحن أنه إذا امتنع السيد من الإنفاق على مملوكه باعه الحاكم عليه، فإذا صرنا إلى ذلك دفعًا للضرار عن مملوك له عليه حق وملك فلم [لا] يصير إلى ذلك دفعًا للضرار عن شريك لا حق له عليه ولا ملك، والله أعلم.

أما إذا كان الخشب لا يسوغ بيع نصب الغائب منه بطريق الخوف عليه، فإن كان مما ينقسم مماثلة أو تعديلًا كما سبق فالطريق فيه أن يقسمه الحاكم

....

على الغائب باستقسام ولي اليتيم، وليكن ذلك في الأوان التي جرت العادة فيه بقطع الخشب من غير إضرار به وبأصوله الثانية الباقية في الأرض حتى لا تتأخر قطعة فيختلط بما ينشأ من نمائه الشائع، فإذا تميز نصيب كل بالقسمة؛ بودر إلى قطعه قبل نمو بذر أو يباع حينئذ، وقطع نصيب الغائب بطريق طلبنا صيانة نصيبه ونصيب غيره من الاختلاط، ويولي ذلك الحاكم بطريق ولايته المقتضية وجوب صون أموال الغائبين، وإن كان مما لا ينقسم إجبارًا بيع الجميع ثم تبادر المشتري إلى القطع قبل النمو هذا ما ظهر، والله أعلم.

قلت: والشيخ بنى الكلام في المسألة على أن مال الغائب لا يباع بل يحفظ، وقد بينا كلام الأئمة فيه، وإذا جاز بيعه عليه بمفرده لمصلحته بيع هنا مع نصيب اليتيم في مثل هذه الحالة بلا شك كما بيناه في الباب قبله، وأما تزييفه كلام الغزالي وإمامه فكأنه يرى أنهما أرادا الغلق والتعطيل على الشركاء من الحاكم كما أشار إليه قبل هذا، وليس ذلك بمراد لهما فإنه غلط بل إنما أرادا أن الحاكم يعرض عنهما ولا يأمر بغلق ولا غيره، فإن الحجر على العاقل الرشيد في ملكه وبيعه أو بيع منفعته عليه بعيد كما لو انفرد بتعطيل ملكه الخالص له، وسبيل الشريك الآخر أن يبيع نصيبه أو يؤجره، وعندي أن المسألة راجعة إلى القول بالإجبار على العمارة وعدمه.

إذا علمت هذا فقد تضمن كلامه جواز قسمة الشجر فإنما دون أرضه، وقد جزم المَاوَرْدِي وغيره: بامتناعه كما تقدم، وإنما يقسم مع الأرض بيعًا، فإن كان هذا محل وفاق وهو الراجح فالطريق أن يقطع أولًا في مسألتنا ثم يقسم أو يباع جملة على حسب ما تظهر المصلحة ويقتضيه النظر لليتيم وللغائب، والله أعلم.

وسُئل عمن معه خمسة دراهم وقع فيها درهم حرام فاختلط ولم يتميز فكيف يتصرف فيه؟

فأجاب: يأخذ منها درهمًا على نية القسمة ويتصرف في الباقي ويسلم الدرهم المعزول إلى صاحبه [وإن لم يعلم صاحبه] تصدق [به] عنه أي عند يأسه من العلم به والعثور عليه، وسبق في جواز انفراد الشريك بمثل هذه

....

القسمة بلا إذن وجهان: والظاهر منهما عند إمكان إذنه المنع فإن لم يمكنه استئذانه أو أمكنه ولم يأذن أخذ قدر حصته حينئذٍ ولا يبعد أن يقال: [لا] يرفع الأمر إلى الحاكم إن أمكن التخلص من جهته ولا يستقل بالقسمة، والله أعلم.

وسُئل عن بستان بين اثنين أجر أحدهما نصيبه مشاعًا ثم أراد قسمته فهل يصح؟ وإذا صحت، فكيف حكم المستأجر في انتفاعه؟

فأجاب: تصح القسمة على الصحيح، ثم مقتضى كون القسمة بيعًا، وهو الصحيح مطلقًا في كل حال أن يبقى حق المستأجر على الإشاعة، ولا ينحصر في قسمته المستأجر، انتهى.

وهذا صحيح وقضيته ألا يمكن أحدهما من إحداث فواصل بين القسمين قبل انقضاء مدة الإجارة بل يفصل بعلامة لا ينقص بها انتفاع المستأجر بجزء من الأرض.

خاتمة نسأل الله الكريم حسنها

أرض وقف على مدرسة فيها خشب له قريب من عشرين سنة قد أدرك فبيع فهل يكون ثمنه مقسومًا على المستحقين من حين بنائه إلى حين تمام إدراكه؟ أم يكون مخصوصًا بالذين أدرك في زمنهم؟

فأجاب: المصنف والبرهان المراعي أن قيمته تنقسم بين السنين، ويقسم ثمنه على حساب السنين وتوقف الشيخ تاج الدين الفزاري- رَحِمَهُ اللهُ - الجميع في ذلك.

قلت: وينبغي أن ينظر إلى تفاوت القيمة في كل سنة، ولا يقسم على عدد السنين بالسوية قطعًا؛ إذ قيمة كل سنة دون قيمة التي بعدها لما يحدث من الزيادة؛ لكن في ضبط ذلك عسر أو تعذر، والعلم عند الله وبه التوفيق، وأسأله حسن الخاتمة ﴿إِنَّ رَبِّي لَطِيفٌ﴾ [يوسف: ١٠٠].

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

قال المصنف: [شَرْطُ الشَّاهِدِ مُسْلِمٌ حُرٌّ ....

الشهادة: الإخبار بما شوهد، مأخوذة من الشهود وهو الحضور، والشاهد شاهد لما غاب عن غيره، وقيل: مأخوذة من الإعلام، قال: الله تعالى: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨].

أي: علم وبيَّن، والأصل فيها قبل الإجماع: الآيات الكريمات والأحاديث المشهورة في الباب، وافتتح «المحرر» الباب بحديث: «**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ**» وهو غير محفوظ ولا معروف في شيء من الكتب المشهورة، وأسند في بعض الأجزاء بلفظ: «**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ؛ فَإِنَّ اللهَ تَعَالَى يَسْتَخْرِجُ بِهِمْ الْحقُوقَ وَيَدْفَعُ بِهِمْ الظُّلْمَ**»(١) وإسناده ضعيف كما أوضحته هناك في «الْغَنِيَّة» وينكر قول جماعة من أئمتنا، قال: رسول الله ﷺ كذا بصيغة الجزم، وهو حديثٌ لا يقوم على ساق.

قال الشارح: قال: (**شَرْطُ الشَّاهِدِ مُسْلِمٌ**) أي: فلا تقبل شهادة كافر بحال ذميًا كان أو غيره شهد على مسلم، أو كافر من أهل ملته أو غيرها في حضر أو سفر في وصية أو غيرها كان هناك مسلم أو لم يكن، قال: الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكافر ليس من رجالنا، ولأنه أفسق الفساق، ولأنه يكذب على الله سبحانه فلا يؤمن من الكذب على خلقه.

قال: (**حُرٌّ**) أي لا تقبل شهادة من فيه جزء من الرق وسواء المكاتب والمدبر وغيرهما لقوله تعالى: ﴿ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] والخطاب للأحرار، والحرية شرط في قبول الشهادة لا في العدالة، فإن روايته وفتياه

---

(١) أخرجه أبو الشيخ في «طبقات الأصبهانيين» (ص ٣٠٨)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٨٤)، والخطيب في «التاريخ» (٥/ ٩٤ و ٦/ ١٣٨ و ١٠/ ٣٠٠)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (٢/ ٦٢)، والديلمي (١/ ٣٤)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٢/ ٥٢)، والدامغاني الفقيه في «الأحاديث والأخبار» (١/ ١٠٧).

مُكَلَّفٌ عَدْلٌ ذُو مُرُوءَةٍ ....

مقبولة كالحر، وأشرت إلى خلاف العلماء في قبول شهادته [في «الْغُنْيَة»].

قال: (**مُكَلَّفٌ**) أي: فلا تقبل شهادة صبي بحال عندنا وإن راهق، ولا مجنون وكل من ليس بعاقل إجماعًا، قال ابن المنذر: وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية.

قال: (**عَدْلٌ**) أي: فلا تقبل من فاسق، قال: تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦].

وقال ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وقال ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والفاسق ليس بمرضى، وقبله أبو حنيفة إذا غلب على الظن احترازه من الكذب.

وقال الموفق الحنبلي: الفسق نوعان:

أحدهما: من حيث الأفعال، ولا نعلم خلافًا في رد شهادته.

والثاني: من جهة الاعتقاد كالمبتدعة وسنذكره.

قال: (**ذُو مُرُوءَةٍ**) أي: على المذهب كما سيأتي، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له؛ لأن حفظها من الحياء ووفور العقل وطرحها إما لبخلٍ أو قلة حياء وعدم مبالاة بنفسه، ومن لا حياء له يصنع ما يشاء كما نطقت به السنة الصحيحة.

إِشَارَةٌ: المروءة بالهمز وتركه، قال الجوهري وغيره: هي الإنسانية.

وقال ابن فارس: هي الرجولية، وقيل: ذو المروءة من يصون نفسه عن الأدناس ولا يشينها عند الناس، وقيل: من يسير بسيره أمثاله في زمانه ومكانه، ثم قيل: المراد بالمروءة هنا عليها على أضدادها كما سيأتي في الطاعات.

قال الدَّارِمِي: قيل: المروءة في الحرفة، وقيل: في أدب الدين كالأكل ومد الرجل بحضرة الناس، والصياح في الحقير، وأنهار السنابل وقلة فعل الخير مع القدرة عليه، وكثرة الاستهزاء ونحو ذلك.

وقال ابن المرزبان: على العرف في جميع ذلك من صنعة ولبس وحلق.

غَيْرُ مُتَّهَمٍ. وَشَرْطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ، وَالْإِصْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ.

قال: (**غَيْرُ مُتَّهَمٍ**) فلا تقبل شهادة المتهم كما سيأتي قال تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة هنا خالصة، وفي «صحيح الحاكم» عن أبي هريرة برفعه قال: «**لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ ذِي الظِّنَّةِ وَلَا ذِي الْحِنَّةِ**»(١) ثم قال: صحيح على شرط مسلم، والظنة: التهمة، والحنة: العداوة.

تَنْبِيهٌ: أهمل الشيخ شرطًا سابقًا في الشاهد وهو الظن، وقد قالا: شهادة الأخرس إن لم تعقل إشارته مردودة وكذا إن عقلت على الأصح عند الأكثرين ونسبه غيرهما إلى النص، وفي «معتمد» أبي نصر الْبَنْدَنِيجِي أن ظاهر المذهب القبول، خلافًا لأبي حنيفة وسنوضح اختلاف الأصحاب في الترجيح.

قالا: وذكر الصَّيْمَرِيّ أنه لا تجوز شهادة المحجور عليه بالسفه، فإن سلم ذلك زاد شرطًا ثامنًا، وكان الأحسن عند التيقظ وعدم الغفلة من الشروط كما ذكره الجرجاني وجماعة، وذكرها مع الأسباب الآتية من بعد.

قال الهروي: وشهادة الصبيان والنسوان والعبيد والكفار في اللوث إذا جاءوا في الحال متفرقين مقبولة في أحد القولين.

قال: (**وَشَرْطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ، وَالْإِصْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ**) نوضح الغرض بذكر أمور:

أحدها: الجمهور على أن المعاصي تنقسم إلى كبائر وصغائر، وقد أشار إلى ذلك قوله تعالى: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا۟ كَبَآئِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنكُمْ سَيِّـَٔاتِكُمْ﴾ [النساء: ٣١] وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَٰٓئِرَ ٱلْإِثْمِ﴾ [الشورى: ٣٧].

وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني وغيره من أئمتنا: الذنوب كلها كبائر.

قال صاحبه الأستاذ أبو بكر بن فورك في «تفسيره»: معاصي الله عندنا كلها كبائر، وإنما يقال: لبعضها صغيرة بالإضافة إلى ما هو أكبر منها، قال:

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٢٠، رقم ١٥٣٦٦)، والحاكم (٤/ ١١١، رقم ٧٠٤٩) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (١٠/ ٢٠١، رقم ٢٠٦٤٨) والديلمي (٥/ ١٤٤، رقم ٧٧٦٧).

....

ومعنى الآية إن اجتنبتم أكبر ما نهيتكم عنه، وهو الكفر بالله كفرت عنكم سيئاتكم التي دون الكفر إن شئت، وقالت المعتزلة: الذنوب على ضربين: كبائر وصغائر، وهذا ليس بصحيح، وربما ادعى في موضع اتفاق الأصحاب على ما ذكره خلافًا للمعتزلة، والظاهر أن القائل بذلك لا يخرج عن العدالة بكل ذنب، وإن نازع في التسمية.

الثاني: قوله: (اجتناب الكبائر) أي: جملةً ورأسًا، فمن ارتكب كبيرة فسق وردت شهادته؛ لأن الله تعالى حكم في قذف المحصنات برد الشهادة، وفيه تنبيه على ردها في سائر الكبائر، وأما الصغائر فقل من يسلم منها إلا من عصمه الله، وحديث: «**ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية إلا يحيى بن زكريا** عليه السلام».

وفي رواية: «**ما من أحد من بني آدم إلا قد أخطأ أو هم بخطيئة إلا يحيى ابن زكريا** عليه السلام»[(١)] فحديث ضعيف لا يجوز الاحتجاج به، ولا يغتر بذكر أصحابنا له في كتب المذهب.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وقد قيل: إنه لا يقوم أحد يوم القيامة لم يذنب ذنبًا ولا هم بذنب إلا يحيى بن زكريا عليه السلام.

إذا عرفت هذا فظاهر كلام المصنف أن الإصرار على صغيرة مبطل للعدالة مطلقًا، وهو وجه ظاهر المذهب خلافه كما سيأتي، ويجوز أن يحمل كلامه على أن يكون الغالب من أفعاله ليوافق ظاهر المذهب.

الثالث: قال الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: لَيْسَ مِنَ النَّاسِ أَحَدٌ نَعْلَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا يُمَحِّضُ الطَّاعَةَ وَالْمرُوءَةَ حَتَّى لَا يَخْلِطَهُمَا بِمَعْصِيَةٍ، وَلَا يُمَحِّضُ الْمعصِيَةَ وَتَرْكَ الْمرُوءَةِ حَتَّى لَا يَخْلِطَهُمَا شَيْئًا مِنَ الطَّاعَةِ وَالْمرُوءَةِ، فَإِذَا كَانَ الْأَغْلَبُ عَلَى الرَّجُلِ الْأَظْهَرُ مِنْ أَمْرِهِ الطَّاعَةَ وَالْمرُوءَةَ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَإِذَا كَانَ الْأَغْلَبُ الْأَظْهَرُ مِنْ أَمْرِهِ الْمعصِيَةَ وَخِلَافَ الْمرُوءَةِ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ،

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٥٤، رقم ٢٢٩٤)، وأبو يعلى (٤/ ٤١٨، رقم ٢٥٤٤)، وابن عدي (٦/ ٢٤٤، ترجمة ١٧٢١ محمد بن عون).

....

وذكر مثله في «المختصر».

إذا عرفت هذا فقد قال الرَّافِعِي: قال الأصحاب: يعتبر في العدالة اجتناب الكبائر فمن ارتكب كبيرة فسق وردت شهادته، وأما الصغائر فلا يشترط تجنبها بالكلية؛ لكن الشرط ألا يصر عليها فإن أصر كان الإصرار كارتكاب الكبيرة، وأما الإصرار السالب للعدالة أهو المداومة على نوع من الصغائر أم الكبائر من الصغائر سواء كانت من نوع أو أنواع مختلفة؟ منهم من يفهم كلامه الأول، ومنهم من يفهم كلامه الثاني، ويوافقه قول الجمهور: إن من تغلب طاعاته معاصيه كان عدلًا، ومن تغلب معاصيه طاعته كان مردود الشهادة، ولفظ الشَّافِعِي في «المختصر» قريب منه، وإذا قلنا به لم تصر المداومة على نوع واحد من الصغائر؛ إذا غلبت الطاعات وعلى الاحتمال الأول يصر، انتهى.

قلت: وهو قضية إطلاق «المنهاج» والمذهب وقول الجمهور وما تضمنته النصوص إن من كان الأغلب عليه الطاعة والمروءة قبلت شهادته، ومن كان الأغلب عليه المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته.

قال الإمام: وهذا فيما إذا لم تعظم، أما ما تعظم فترد به الشهادة بالمرة الواحدة يريد بذلك الكبيرة، وسبق عن الشيخين أن ولي النكاح إنما يفسق بالعضل إذا تكرر منه مرات أقلها فيما حكى بعضهم ثلاث، وتكلمنا عليه وبيَّنَّا أنه إنما يتأتى على هذا الاحتمال الضعيف لا على المذهب المشهور المنصوص، وقول الجمهور كما بيناه هنا.

فَرْعٌ: اختلف الصحابة ﷺ ومن بعدهم في الكبائر وفي الفرق بينها وبين الصغائر، وقال الواحدي وغيره: الكبائر كلها لا تعرف، أي: لا تنحصر، وقال الأكثرون: إنها معروفة، واختلفوا هل تعرف بحدٍ وضابط أو بالعدد؟ وللأصحاب في حدها وجوه:

أحدها: أنها المعصية الموجبة للحد.

....

وثانيها: أنها التي تلحق صاحبها الوعيد الشديد بنص كتاب أو سنة، قال الرَّافِعِي: وهذان الوجهان أكثر ما يوجد لهما وهما إلى ترجيح الأول أميل؛ ولكن الثاني أوفق لما ذكروه في تفصيل الكبائر.

قلت: وهو أميل مما قبله فإن أكل الربا ومال اليتيم وقطع الرحم والعقوق والسحر والنميمة وشهادة الزور وغيرها من الكبائر، ولا حد فيها.

والثالث: ما قاله الإمام في «الإرشاد» وغيره: كل جريمةٍ تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة فهي مبطلة للعدالة، كذا نقله الرَّافِعِي.

وعبارة «الإرشاد»: كل جريرة إلى آخره، ثم قال: وكل جريرة لا تؤذن بذلك يبقى حسن الظن ظاهرًا بصاحبها فهي التي لا تحبط العدالة، وهذا أحسن ما نميز به أحد الضربين عن الآخر.

والرابع: أن الكبيرة كل فعل نص الكتاب على تحريمه، وكل معصية توجب في نفسها حدًّا من قتل أو غيره، وترك كل فريضة مأمور بها على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين، هكذا نقله الرَّافِعِي عن الهروي، وكذا قاله في «الإشراف» بزيادة: وكل قول خالف الإجماع العام، انتهى.

والخامس: ذكره الشيخ شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضة الحكام»: أن حد الكبيرة ما يوجب الحد أو القتل عمدًا بغير حق أو شبه عمد، أو القدرة من الفعل والعقوبة ساقطة للشبهة وهو عامد آثم، وذلك مثل السرقة والزنا وقطع الطريق، وإن لم يثبت بشبه أو عدم حرز وهو عامد آثم، وترك الفرائض الفورية والكذب في الرواية والشهادة واليمين، وكل قول خالف الإجماع، انتهى، والظاهر أنه ما قبله بزيادة إيضاح.

والسادس: أنه ما أوجب الحد أو توجه إليه الوعيد، والصغير ما قل فيه الإثم، ذكره في «الْحَاوِي».

والسابع: حكاه القاضي الحسين عن الْحَلِيمِي أن الكبيرة كل محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه، فإن فعله على وجه يجمع وجهين أو وجوهًا من

....

التحريم كان فاحشة، فالزنا كبيرة وبحليلة الجار فاحشة، قال: والصغيرة تعاطي ما ينقص رتبته عن المنصوص عليه أو تعاطيه على وجه دون المنصوص عليه ولا يستوفى في معنى المنصوص عليه، فإن تعاطاه على وجه يجمع وجهين أو وجوهًا [من التحريم] كان كبيرة فالقبلة واللمس والمفاخذة صغيرة، ومع حليلة الجار كبيرة، كذا نقله ابن الرِّفْعَة وغيره، وهو غير وافٍ بكلامه في «منهاجه» وسأفرده بفرع، ففيه عجائب ووراء ما سبق عبارات للمتأخرين:

إحداها: قال الغزالي: كل معصية يقدم المرء عليها من غير استشعار خوف ووجدان ندم تهاونًا واستجراء عليها فهي كبيرة، وما يحمل على فلتات النفس وما ينفك عن ندم فليس بكبيرة، وقال مرة أخرى: لا مطمع في معرفة الكبائر مع الحصر؛ إذ لا يعرف ذلك إلا بالسمع ولم يرد.

الثانية: قال ابن عبد السلام: الأولى ضبط الكبيرة بما يشعر بتهاون مرتكبها بدينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها، [قال: وإذا أردت الفرق فاعرض مفسدة الذنب على مفاسد الكبائر المنصوص عليها] فإن نقصت عن أقل الكبائر فهي صغيرة، وإلا فكبيرة.

قلت: وكيف السبيل إلى الإحاطة بالكبائر المنصوص عليها حتى ينظر في أقلها مفسدة ونقيس بها مفسدة الذنب الواقع هذا متعذر.

الثالثة: قال ابن الصلاح: الكبيرة: كل ذنب عظم عظمًا يصح معه أن يطلق عليه اسم الكبيرة، ويوصف بكونه عظيمًا على الإطلاق، ولها أمارات:

منها: إيجاب الحد.

ومنها: الإيعاد عليها بالعذاب بالنار ونحوها في الكتاب أو السنة.

ومنها: وصف فاعلها بالفسق.

ومنها: اللعن، انتهى.

وقال قاضي «حماة» رحمه الله: التحقيق أن الكبيرة كل ذنب قرن به وعيد أو لعن أو أكثر من مفسدته، أو أشعر بتهاون مرتكبه في دينه إشعار أصغر الكبائر

....

المنصوص عليها بذلك، كما لو قتل من يعتقده معصومًا فظهر أنه مستحق لدمه أو وطأ امرأة ظانًا أنه زانٍ فإذا هي زوجته أو أمته، انتهى.

وهذا لخصه مما تقدم وما ذكره آخرًا قاله ابن عبد السلام في «القواعد» وضبط ما لا مطمع في ضبطه متعذر وكل هذه تقريبات.

فَرْعٌ: فصل جماعة الكبائر بالعدد وعدوا منها جملًا ولا مطمع في الاستيعاب.

قال في «التَّرْغِيب»: قيل: الكبائر خمس عشرة، وهو غريب.

وقال الديلمي: اختلف الناس في الكبائر فقيل سبع، وقيل أربع عشرة.

وقال ابن عباس: هي إلى السبعين أقرب منها إلى السبع، قال: وذكرنا عددها في تأليف لنا فزادت على أربعين كبيرة فتؤول إلى ما قاله ابن عباس، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: فصَّل الرُّويَانِي فقال: الكبائر سبع: قتل النفس بغير حق، والزنا، واللواط، وشرب الخمر، والسرقة، وأخذ المال غصبًا، وشرب كل مسكر ملحق بالخمر، ولا فرق في الخمر بين يسيره والقدر المسكر، وقال الهروي: في غير الخمر خلاف إذا تعاطاه شافعي، وشرط في غصب المال أن يبلغ ربع دينار.

قلت: وقوله: **(ربع دينار)** وهو ما في «الإشراف» وغيره، ونسخ الرَّافِعِي الصحيحة ووقع في نسخ منه.

وفي «الرَّوْضَة»: أن يبلغ دينارًا، وهو تحريف من ناقل، وضم في «الشامل» إلى السبع المذكورة: شهادة الزور، وأضاف إليها في «العدد»: أكل الربا، والإفطار في رمضان بلا عذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف، وأكل مال اليتيم، والخيانة في الكيل والوزن، وتقديم الصلاة على وقتها وتأخيرها عنه بلا عذر، وضرب المسلم بغير حق، والكذب على النبي ﷺ وسب أصحابه رضي الله عنهم وكتمان الشهادة بلا عذر، وأخذ

....

الرشوة، والدياثة، والقيادة بين الرجال والنساء، والسعاية عند السلطان، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن بعد تعلمه، وإحراق الحيوان بالنار، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، واليأس من رحمة الله، والأمن من مكره، ويقال: الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن، ومن الكبائر أكل لحم الخنزير، والميتة بلا ضرورة.

قال الرَّافِعِي: وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال كقطع الرحم، وترك الأمر بالمعروف على إطلاقهما، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان بالنار.

وقد أشار الغزالي في «الإحياء» إلى مثل هذا التوقف، وقيل: ترك الصلاة الواحدة إلى خروج فيها غير كبيرة، وإنما ترد الشهادة به إذا اعتاده، انتهى.

قلت: أطلق الرُّويَانِي القذف وقيد غيره بالمحصن، وبعضهم بالقذف الباطل وفصل فيه وفي العقوق كما سيأتي.

وقوله: وأكل مال اليتيم، قال الهروي وغيره: أكل مال اليتيم وغيره وسيأتي في أكل ماله والضرب تفصيل أيضًا، وفي تقييده بالمسلم نظر.

وقوله: والقيادة لا حاجة إلى زيادة بين الرجال والنساء؛ بل هي بينهم وبين المراد أقبح وينبغي أن يفصل في النهي عن المنكر فيقال: إن كان كبيرة فالسكوت عليه مع إمكان دفعه كبيرة، وإن كان صغيرة؛ فالسكوت عليه صغيرة وقس ترك المأمور به بهذا إذا قلنا: إن الواجبات تتفاوت وهو الظاهر، وفي نسيان القرآن حديث ضعيف وموضع كون نسيانه كبيرة؛ إذا كان عن تهاون وتكاسل، ومن الكبائر السحر وفي «صحيح مسلم» عده من السبع الموبقات، والوطء في الحيض كبيرة، نص عليه الشَّافِعِي، والنميمة كبيرة كما ثبت في «صحيح» البخاري مرفوعًا.

وقوله: ويقال: الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن هذا مبني على أن الغيبة من الصغائر وسيأتي بيانها، ويشبه أن يكون قتل الهر الذي ليس مؤذيًا

....

عمدًا من الكبائر «**لأَنَّ امْرَأَةً دَخَلْتِ النَّارَ فِي هِرَّةٍ**. .. الحديث»[1] ويلحق بها ما في معناها، وكذلك التصوير وغيره مما ثبت لعن فاعله، وعد بعضهم منها الشرب من إناء ذهب أو فضةٍ والتختم بالذهب، ولبس الحرير والجلوس عليه للرجال، وعد العراقيون منها سماع الأوتار والمعازف والمزمار العراقي ونحوها، وردوا الشهادة بالمرة الواحدة والمشهور أن ذلك كله من الصغائر.

قلت: وفي «النهاية»: وكان شيخي يقول: الاستماع إلى الأوتار في رتبة الصغائر، والإدمان فيه مفسق، وقطع العراقيون ومعظم الأصحاب بأنه من الكبائر، ثم قال: الغزالي وإمامه: وما ذكرناه في سماع الأوتار مفروض فيما إذا لم يكن الإقدام عليها مرة يشعر بالانحلال وإلا فالمرة الواحدة ترد به الشهادة، وطرد الإمام ذلك كما سبق في كل ما جانس ذلك، وإذا حرمنا الرد.

قال الإمام: فالصحيح أنه من الكبائر، كذا ذكره الرَّافِعِي عنه.

وقال من بعد: إنه طرد فيه التفصيل المذكور وهذا باب واسع ولشيخنا أبي عبد الله الذهبي رَحِمَهُ اللَّهُ حزو عدد فيه جملة صالحة غير ما ذكرناه استخرجها من الآثار.

فَائِدَةٌ: في «قواعد ابن عبد السلام» أن الظاهر أن من قذف محصنًا في خلوته بحيث لا يسمعه إلا الله تعالى والحفظة أن ذلك ليس بكبيرة موجبة للحد؛ لانتفاء المفسدة، وقد ذكرت كلامه بطوله في «الْغَنِيَّة» [وما قاله محتمل إذا كان صادقًا، فإن كان كاذبًا ففيه نظر للجراءة على الله سبحانه كالفجور].

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: قال في «العدة»: ومن الصغائر: النظر بالعين إلى ما لا يجوز، والغيبة، والضحك من غير عجب، والكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر، والاطلاع على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاثة، وكثرة الخصومات وإن كان الشخص محقًا، والسكوت على الغيبة، والنياحة،

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٦٩، رقم ٧٦٣٥)، والبخاري (٣/ ١٢٠٥، عقب رقم ٣١٤٠)، ومسلم (٤/ ٢١١٠، رقم ٢٦١٩)، وابن ماجه (٢/ ١٤٢١، رقم ٤٢٥٦).

....

والصياح، وشق الجيب في المصائب، والتختر في المشي، والجلوس مع الفساق إيناسًا لهم، والصلاة المكررة في الأوقات المنهية، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال الصغار والمجانين والنجاسات المسجد، وإمامة القوم وهم له كارهون لعيب فيه، والعبث في الصلاة والضحك فيها، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط مستقبلًا القبلة وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام.

قال الرَّافِعِي: ولك أن تتوقف في كثرة خصومات المحق، وتقول ما ينبغي أن تكون معصية أصلًا إذا راعى حد الشرع، وفي تخطي رقاب الناس يوم الجمعة فإنه معدود من المكروهات دون المحرمات، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأصح.

زاد الشيخ، قلت: المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه، والصواب في الخصومات ما قاله الرَّافِعِي، وأن البيع والشراء في المسجد، وإدخال الصبيان إذا لم يغلب بحبسهم إياه، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلافًا سبق، ومن الصغائر القبلة للصائم الذي تحرك شهوته والوصال، والصوم على الأصح والاستمناء، وكذا مباشرة الأجنبية بغير جماع، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم ولا نسوة ثقات، والبخس، والاحتكار، والبيع على بيع أخيه، وكذا السوم والخطبة، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتصرية، وبيع العيب من غير بيانه، واتخاذ الكلب الذي لا يباح اقتناؤه، وإمساك الخمر غير المحترمة، وبيع العبد المسلم للكافر، وكذا المصحف وسائر كتب العلم الشرعي، واستعمال النجاسة في البدن لغير حاجة، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح، وأشباه هذه، والله أعلم.

قلت: وفي بعض ما أطلقه في زيادته نظر، وقوله: وبيع العبد المسلم للكافر؛ كان ينبغي أن يقول: وكذا العبد المرتد على الأصح، وسائر كتب

....

العلم الشرعي في إطلاقه نظر يعرف مما سبق في البيع، وقد فهم هو والرافعي أنه أراد في «العدة» بما عدده من الصغائر المعاصي التي يأثم فاعلها كما هو المتبادر والمشهور في اصطلاح الفقهاء، ويجوز ألا يريد ذلك ولا بديل إن أراد عد جملة منه ومن غيره مما ترد به الشهادة وإن لم يأثم به، وسيأتي ما يؤيده؛ إذ يبعد أن يقال: يتأثم المحق في الخصومة إلا أن يقال: من أكثر الخصومات وقع في الإثم، وقد أقراه على أشياء فيها نظر، أما النظر إلى من لا يجوز النظر إليه من أجنبية وأمرد فقد أطلق الـمَاوَرْدِي وغيره: أنه إن تعمده بشهوة لغير حاجة فسق وردت شهادته، وكذا لو عاوده عبثًا لا لشهوة وفيه نظر، والمختار أنه لا يفسق بذلك بمجرده؛ إذا غلبت طاعاته كما قررناه ولا يكون ذلك كبيرة تخرج من العدالة، نعم لو ظن الفتنة ثم أقحم النظر فيظهر كونه كبيرة، وأما الغيبة فإطلاق القول بأنها من الصغائر ضعيف أو باطل.

وقد نقل القرطبي المفسر وغيره الإجماع على أنها من الكبائر ويوافقه كلام جماعة من أصحابنا كما سبق في حد الكبيرة، وقد غلظ أمرها في الكتاب والسنة ومن تتبع الأحاديث فيها علم أنها من الكبائر، ولم أرَ من صرح بأنها من الصغائر غير الغزالي وصاحب «العدة» والعجب أنه أطلق أن ترك النهي عن المنكر من الكبائر، وقضيته أن يكون السكوت عن النهي عنها من الكبائر؛ إذ هي من أقبح المنكرات لا سيما غيبة الأولياء وأهل الكرامات، وأقل الدرجات أنه لم يثبت إجماع أن يفصل بين غيبة وغيبة، ويجوز ألا يفصل سدًّا للباب كما سبق في الخمر، فيقال: للغيبة حلاوة كحلاوة التمر وضراوة كضراوة الخمر - عافانا الله - منها وقضى عنا حقوق أربابها فلا يحصيهم غيره سبحانه، ولا خفاء أن الكلام حيث لا سبب لا يبيحها أو يوجبها بل يكفها وأذى، وأما الضحك من غير عجب فقد يكون مكروهًا، وقد يكون مستحبًا وقد يكون مباحًا وقد يكون محرمًا، وكذلك الكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر أيضًا قد يكون واجبًا وأمثلته واضحة، ذكر في «القواعد» منها جملة.

وقال في «الْبَحْر»: من كذب قصدًا ردت شهادته، وإن لم يضر بغيره؛ لأن

....

الكذب حرام بكل حال، قال: الْقَفَّال: إلا أن يقول ذلك على مذهب الكتاب والشعراء في المبالغة في الكلام.

قلت: وهذا محمول على ما إذا لم تدع إليه حاجة، وقد تكون الكذبة الواحدة كبيرة.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: كل من كان منكشف الكذب مظهره غير مستتر به؛ لم تجز شهادته، وفي كون هجرة المسلم فوق ثلاث بلا سبب يجوزها صغيرة نظر، ويقرب أن يكون كبيرة لما فيه من التقاطع والأذى والفساد، وأما السكوت على الغيبة رضاءً بها مع القدرة على دفعها فيشبه أن يكون حكمه حكمها، نعم لو لم يمكنه دفعها فيلزمه عند المكنة مفارقة المغتاب، وأما النياحة وما بعدها، فإن كان ذلك تسخطًا بالقضاء وعدم رضا بالمقضي، فالظاهر أنه كبيرة، وإن كان لفرط الجزع والضعف عن حمل المصيبة من غير استحضار بسخط ونحوه فيحتمل، وهل يعذر الجاهل؟

فيه نظر، وأما البيع والشراء في المسجد فهو كما قال: ؛ لكن يشبه أن يكون الإكثار منه فيه واتخاذه في المسجد له كالحانوت أو يشوش به على المصلي والتالي والذاكر وتضييقه على المصلّين فالجلوس له معصية ويؤيده الحديث: «**إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَبْتَاعُ في المَسْجِدِ، فَقُولُوا: لا أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ**»(١).

وكذا إنشاد الضالة ونشدانها.

وأما إمامة من كره المعتدون فمعدود من المكروهات وتكلمنا عليه هناك، وكذلك العبث في الصلاة.

وأما التغوط في طريق الناس فعدوه من المكروهات، وبينا هناك أن الصحيح تحريمه.

وأما مسافرة المرأة وحدها أو مع امرأة ثقة ففيه تفصيل لا كما أطلقه

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٦١٠ رقم ١٣٢١) وقال: حسن غريب. والنسائي (٦/ ٥٢ رقم ١٠٠٠٤).

....

المصنف هنا من اعتبار النسوة والمنع وحدها مطلقًا، وتعرضنا لبعض ذلك في كتاب الحج وغيره، وذكروه في سفر الهجرة والصغائر لا يحويها عدد.

فَائِدَةٌ: رأيت في «فتاوى» الْقَفَّال: أنه سُئل عن حد الغيبة، فقال: إن كان فيه صفة مذمومة كشرب الخمر والزنا جاز أن يذكره لقوله: «**اُذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ كَيْ يَحْذَرَهُ النَّاسُ**»[1] غير أن المستحب ألا يذكره، وكذا يستحب الستر هذا إذا لم يكن في ذكره غرض فإن شهد على إنسان أو أريد مشاركته أو مناكحته فعليه إذا سُئل أن يبين، انتهى.

وما ذكره من الجواز لا لغرض شرعي ضعيف ممره، والحديث المذكور غير معروف وسنذكره، ولو صح لتعين حمله على حالة الحاجة.

فرع وعدنا به: قال الإمام الْحَلِيمِي في «منهاجه»: إن سأل سائل عن كبار الذنوب وصغائرها وفواحشها؟ فالجواب: أنه ما من ذنب إلا ومنه صغيرة وكبيرة وقد تنقلب الصغيرة كبيرة بقرينة تضم إليها، وتنقلب الكبيرة فاحشة بانضمام قرينة إليها إلا الكفر بالله تعالى، فإنه أفحش الكبائر وليس من نوعه صغيرة، وأما ما عداه فالأمر فيه على ما ذكرت فقتل النفس بغير حق كبيرة فإن قتل أبًا أو ذا رحم في الجملة، أو أجنبيًا محرمًا بالحرم أو بالشهر الحرام فهو فاحشة فأما الخدشة والضربة مرة أو مرتين فمن الصغائر.

قلت: فيه نظر ولا سيما إذا عظم ألم الضربة.

قال: والزنا كبيرة فإن كان بحليلة الجار أو بذات رحم أو بأجنبية؛ لكن في شهر رمضان أو في البلد الحرام فهو فاحشة.

قلت: الزنا فاحشة مطلقًا، قال: تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾﴾ [الإسراء: ٣٢] وأما ما دون الزنا الموجب للحد فإنه من الصغائر، فإن كان مع امرأة الأب أو حليلة الابن أو مع أجنبية على سبيل القهر والإكراه كان كبيرة.

---

(١) تقدم تخريجه.

....

وقذف المحصنات كبيرة، فإن كانت أمًا أو أختًا أو امرأة فاتنة كان فاحشة، وقذف الصغيرة والمملوكة والحرة المنتهكة من الصغائر.

قلت: هذا في صغيرة لا تحتمل الوقاع بحيث يقطع بكذب قاذفها.

وأما المملوكة ففي كون قذفها صغيرة مطلقًا وقفة ولا سيما أمهات الأولاد لما فيه من أذى الأمة وسيدها وولدها وأهلها، والله أعلم.

والفرار من الزحف كبيرة، فإن كان من واحد أو اثنين ضعيفين هو أقوى منهما، أو اثنين حملا عليه بلا سلاح، وهو شاكي السلاح فذاك فاحشة، وعقوق الوالدين كبيرة فإن كان معه سب أو شتم أو ضرب فهو فاحشة، وإن كان العقوق الاشتغال لأمرهما ونهرهما والعبوس في وجههما والتبرم بهما مع بذل الطاعة ولزوم الصمت، فهذا من الصغائر فإن كان ما يأتيه من ذلك يلجئهما إلى أن ينقبضا فلا يأمراه ولا ينهياه ويلحقهما من ذلك ضرر فهذا كبيرة، والسرقة كبيرة وأخذ المال في قطع الطريق فاحشة، والقتل في قطع الطريق فاحشة، وسرقة الشيء التافه صغيرة، فإن كان المسروق منه مسكينًا لا غناء به عما أخذ منه؛ فذلك كبيرة، وإن لم يجب الحد.

قلت: قد يكون صاحبه غنيًا ولا غناء به عما سرق منه، وإن كان تافهًا كمائه في المفازة أو رغيفه الذي لا يجد هناك غيره.

قال: وأخذ أموال الناس بغير حق كبيرة، فإن كان المأخوذ ماله يفتقر أو كان أبًا أو أمًا للآخذ أو كان الآخذ بالاستكراه والقهر فهو فاحشة، وكذلك إذا كان على سبيل القمار وكان المأخوذ شيئًا تافهًا والمأخوذ منه غنيًا لا يبين عليه من ذلك ضرر؛ فذلك صغيرة، وشرب الخمر كبيرة، فإن استكثر منه حتى سكر أو جاهر به ففاحشة، فإن مزج خمرًا بمثلها من الماء فذهبت شربها وشربها فذلك من الصغائر.

قلت: فيه نظر ولا يسمع الأصحاب بذلك فيما أراه.

وترك الصلاة كبيرة فإن اتخذه عادة فهو من الفواحش، فإن أقامها ولم

....

يوفها حقها من الخشوع لكنه التفت فيها أو فرقع أصابعه أو استمع إلى حديث الناس أو سوى الحصى أو أكثر من اللحية؛ فذلك من الصغائر، وترك الجمعة بلا عذر كبيرة فإن اتخذه عادة فهو من الفواحش، وإن ترك إتيان الجمعة لغيرها فذاك من الصغائر، فإن اتخذ ذلك عادة وقصد مباينة الجماعة والانفراد عنهم فذاك كبيرة، وإن اتفق على ذلك أهل قرية أو بلد فهو من الفواحش.

قلت: قوله: **(كغيرها)** أي: صلى الظهر وأعرض عن الجمعة لا عن اجتهاد معتبرة ومنع الزكاة كبيرة ورد السائل صغيرة، فإن اجتمع على منعه أو كان المنع من واحد إلا أنه زاد على المنع الانتهار والإغلاظ فذاك كبيرة، وهكذا إن رأى محتاج رجلًا موسعًا على طعام فتاقت إليه نفسه وسأله منه فرده فذلك كبيرة.

قلت: هذا وما قبله من أن مطلق رده صغيرة مشكل إلا أن يؤول كما سيأتي.

قال: والأصل في هذا الباب أن كل محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه، فإن تعاطيه كبيرة وتعاطيه على وجهٍ يجمع وجهين أو أوجهًا من التحريم فاحشة، وتعاطيه على وجه يقصر عن رتبة المنصوص أو تعاطي ما دون المنصوص لا يستوفى معنى المنصوص الذي نهى عنه لئلا يكون ذريعة إلى غيره فهذا كله من الصغائر، وتعاطي الصغيرة على وجه يجمع وجهين أو أوجهًا من التحريم كبيرة مثال ذلك قتل النفس بغير حق محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه وهو انتهاك حرمة الله تعالى، فإن كان عمدًا فكبيرة فإن كان المقتول أبًا أو ذا رحم من كان أو كان القتل في البلد الحرام أو الشهر الحرام أو في قطع طريق ففاحشة، وإن ترك القتل إلى شيء دونه من إيلام بضرب غير منهك أو جرح لا ينقص من المجروح به عضوًا ولا يتعطل عليه من منافع بدنه منفعة لم يكن ذلك كبيرة، فإن فعل ذلك بأب أو أم أو ذي رحم من كان أو فعله في حرم أو شهر حرام أو استضعافًا لمسلم واستعلاء عليه فذلك كبيرة، وإن دلَّ على مطلوب لقتل ظلمًا وأحضر لمريد القتل سكينًا فهذا كله محرم لدخوله في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟

....

عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] لكنها صغائر؛ لأن النهي عنها ليس لا بعينها لكن أنها ذرائع إلى التمكين من ظلمه فأكثر ما في إعانة القاتل بها أن المعين يصير مشاركًا له في القصد والقصد إذا خلا عن الفعل لم يكن كبيرة.

قلت: هذا مشكل ولا يسمح الأصحاب بموافقته عليه، وقد عُد من الكبائر السعاية إلى السلطان والدلالة على قتل المعصوم ظلمًا من أقبحها وفي الحديث المشهور: «**مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ، لَقِيَ اللهَ وَهُوَ مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ: آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ الله**»(١). وحديث: «**لَعَنَ اللهُ آكِلَ الرِّبَا وَمُوَكِّلَه وَشَاهِدَيْهِ وَكَاتِبه**»(٢) صححه الترمذي، قال: وكذلك سؤال الرجل غيره الذي لا يلزمه طاعته وإن [لم يقتل](٣) آخر ليس من الكبائر؛ لأنه ليس فيه إلا إرادة هلاكه من غير أن يكون معها فعل.

قلت: وفيه نظر! ولا سيما إذا علم أو ظن أنه يطيعه ويسارع إلى امتثال أمره، والله أعلم.

فائدة وعدنا بها: عدَّ القاضي الحسين والْبَغَوِي من الصغائر ترك السنن الراتبة وكذا دعاء الاستفتاح أو تسبيح الركوع والسجود، وألحق في «الذَّخَائِر» تأخير الصلاة عن أول وقتها بإخراجها عن وقتها وهو غريب.

وقال ابن الرِّفْعَة بعد سرده ما سبق عن «العدة» واستدراك الرَّافِعِي عليه، وهذا منه يدل على اختصاص الصغائر بالمحرمات، وهو الأقرب لكن سنذكر أن اللعب بالشطرنج ليس بمحرم على المذهب، وقد عده الغزالي من الصغائر.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه البيهقي (٨/ ٢٢، رقم ١٥٦٤٣) وابن ماجه (٢/ ٨٧٤، رقم ٢٦٢٠). قال البوصيري (٣/ ١٢٢): هذا إسناد ضعيف.
حديث الزهري أخرجه البيهقي (٨/ ٢٢، رقم ١٥٦٤٦).
حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١١/ ٧٩، رقم ١١١٠٢). قال الهيثمي (٧/ ٢٩٨): فيه عبد الله بن خراش ضعفه البخاري وجماعة ووثقه ابن حبان وقال: ربما أخطأ وبقية رجاله ثقات.
حديث ابن عمر: أخرجه ابن عساكر (٨/ ٢٣٢).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٩، رقم ١٥٩٨)، وأحمد (٣/ ٣٠٤، رقم ١٤٣٠٢).

(٣) في نسخة: (يقتل).

....

قلت: في «الإحياء»: إن المباح يصير صغيرة بالمواظبة كاللعب بالشطرنج والترنم بالغناء على الدوام وغيره عن الْحَلِيمِي: إن رد السائل صغيرة إلى آخر كلامه، ويجب حمل كلامهم على أن حكمه ورد الشهادة حكم الصغيرة أو الكبيرة؛ لأنه ضرب من ترك المروءة، ويبعد القول بتحريم ترك التوجه، وترك التسبيحات وترك الرواتب ونحو ذلك، ويؤيد ما ذكرته قول صاحب «الْكَافِي» والْبَغَوِي في «التعليق» ومن اعتاد ترك السنن الرواتب أو شيء منها أو تسبيحات الركوع والسجود سقطت شهادته لتهاونه بالسنن، انتهى.

وحكى السرخسي وجهًا: أن ترك غير الوتر وركعتي الفجر لا ترد به الشهادة، وقول الرُّويَانِي في «التجربة» قال: أصحابنا: الرقص مكروه فإن اتخذه حرفة أو داوم عليه فسق، أي: ردت شهادته لتركه المروءة كما ترد شهادة الفاسق.

وقول القاضي الحسين: إنه لو أبدل السنن بقضاء الفرائض سوى الوتر وسنة الفجر لا ترد شهادته، وإن أبدل الوتر وسنة الفجر بقضاء الفوائت ردت، وتوضح ذلك أن الرَّافِعِي عند اعتبار ترك السنن الرواتب والتسبيح في الركوع والسجود مما ترد به الشهادة إثر كلامه على المروءة وضبطها ووجهه بتهاونه بالسنن، وإشعار هذا التهاون بقلة المبالاة والاهتمام بالمهمات، وعن النص أن مستحل إلا بنده إذا أدام المنادمة عليها والحضور مع أهل السفه ردت شهادته لطرحه المروءة وإن لم يفسق المستحل.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي قال القاضي: ومن تعود ترك غسل الجمعة ترد شهادته كمن تعود ترك السنن الرواتب، وهذا كله ظاهر في أن المراد ذكر ما ترد به الشهادة، وإن لم تكن معصية يأثم بها وسمي صغيرة توسعًا في العبارة والغرض بيان ما ينافي العدالة في أحكام الدنيا، وهذا كله ظاهر، ولكن كلام الْحَلِيمِي مصرح بأن ما ذكره من رد السائل معصية صغيرة أو كبيرة لا تقبل التأويل كما هو مبين في «منهاجه» وهو مشكل لا يساعده عليه، والله أعلم.

فَائِدَةٌ: جميع ما سبق ويأتي هو في معتقد تحريم ما يتعاطاه أما إذا كان

وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

معتقدًا للإباحة بدليل أو تقليد لمجتهد فلا ترد شهادته به كما سيأتي إلا أن يضم إليه ما تسقط به المروءة.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: وكل من تأول شيئًا فأتى مستحلًا كان فيه حد أو لم يكن لم ترد شهادته بذلك ألا ترى أن من حمل عنه الدين ونصب علمًا في البلد أن من يستحل المتعة فبقي بأن ينكح الرجل المرأة أيامًا بدراهم مسماة، وذلك عندنا وعند غيرنا من أهل الفقه محرم، وإن منهم من يستحل الدينار بعشرة دنانير يدًا بيد، وإن منهم من تأول سفك الدماء ولا نعلم شيئًا أعظم منه بعد الشرك، ومنهم من تأول بشرب الخمر كل مسكر غير الخمر وعاب على من حرمه، ومنهم من أحل إتيان النساء في أدبارهنّ، ومنهم من أحل بيوعًا محرمة عند غيره.

قال: وإذا كان هذا منهم على وجه الاستحلال كان جميع أهل الأهواء في هذه المنزلة وإذا كانوا هكذا فاللاعب بالشطرنج وإن كرهنا له أخف حالًا من هو لا بما لا يحصى ولا يقدر.

وقال في «الرَّوْضَة»: إن في «روضة الحكام» والأظهر أنه أراد بسفك الدَّم أهل البغي الذين يقاتلون أهل العدل.

قال: **(وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ عَلَى الصَّحِيحِ)** لحديث أبي موسى عن النبي ﷺ: «**مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ**»[(١)] رواه أبو داود وغيره وصححه ابن حبان والحاكم، وقيل: إنه منقطع، وفي «صحيح» مسلم: «**مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا صَبَغَ يَدَهُ فِي لَحمِ خِنْزِيرٍ وَدَمِهِ**»[(٢)].

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨٥، رقم ٤٩٣٨)، وابن ماجه (٢/ ١٢٣٧، رقم ٣٧٦٢)، والحاكم (١/ ١١٤، رقم ١٦٠) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (١٠/ ٢١٤، رقم ٢٠٧٣٩) ومالك (٢/ ٩٥٨، رقم ١٧١٨)، وأحمد (٤/ ٣٩٤، رقم ١٩٥٣٩)، والبزار (٨/ ٧٧، رقم ٣٠٧٥)، وابن حبان (١٣/ ١٨١، رقم ٥٨٧٢).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٧، رقم ٢٣٠٧٥)، وأبو داود (٤/ ٢٨٥، رقم ٤٩٣٩)، وابن ماجه (٢/ ١٢٣٨، رقم ٣٧٦٣) وابن حبان (١٣/ ١٨٢ رقم ٥٨٧٣) والبيهقي (١٠/ ٢١٤ رقم ٢٠٧٣٨)، والقضاعي (١/ ٣١٧، رقم ٥٣٤).

....

والثاني: إنه كاللعب بالشطرنج لكن كراهته أشد، وحكى عن ابن خيران وأبوي إسحاق المروزي والإسفراييني واختاره القاضي أبو الطيب، وهو ظاهر نص «الأم» كذا نقل الرَّافِعِي.

وقال في «البيان»: وأكره اللعب بالنرد للخبر واختلف أصحابنا، فقال أبو إسحاق: لا يحرم بل يكره تنزيهًا أشد من الشطرنج، وقال أكثر أصحابنا: يحرم اللعب به، وهو المنصوص في «الأم» ويفسق به وترد به الشهادة، انتهى.

وذكر في «الْحَاوِي» مثله بلا نسبة إلى النص وفي «تجربة» الرُّويَانِي.

قال بعض أصحابنا: يحرم فإن فعل فسق وردت شهادته.

وقال القاضي أبو الطيب نص في «الأم»: إنه كالشطرنج، وهذا يوافق نقل الرَّافِعِي لكنه في «الحلية» نقل عن أكثر أصحابنا أنه حرام، وقالوا: إنه مذهب الشَّافِعِي، ونقل الموفق الحنبلي في «المغني» الإجماع على تحريم اللعب بالنرد، ولعل محله إذا قامر به وكان من لم يحرمه حمل الحديث على القمار به كما هو الغالب بل لا غرض به، كما قال الصَّيْمَرِيّ: إلا القمار، وفرق بينه وبين الشطرنج على كلا الوجهين بأن التعويل فيه على ما تخرجه المكعبتان، فهو كالأزلام وفي الشطرنج على الفكر والتأمل، وإنه ينفع في تدبير الحرب.

قال المَاوَرْدِي: وقيل: إنه موضوع على البروج الاثني عشر والكواكب السبعة؛ لأن بيوته اثني عشر كالبروج ونقطه من جانبي الفص سبع كالكواكب السبعة، فعدل به إلى تعديل الكواكب والبروج.

تتمات:

منها: المشهور نقل الخلاف وجهين ونقله الجرجاني في «شافيه» و«تحريره» قولين وسبق ما يؤيده.

وقال شُرَيْح الرُّويَانِي: الصحيح، والمنصوص في «الأمالي القديمة» أنه حرام.

ومنها: وعلى التحريم فعن الشيخ أبي محمد أنه من الصغائر، قال الإمام:

....

والصحيح أنه من الكبائر، قاله الرَّافِعِي.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن الإمام أنه طرد فيه التفصيل السابق عنه، وكذا نقله عنه الرَّافِعِي فيما بعد، وصحح الرَّافِعِي والمصنف أنه من الصغائر وعلى تسليمه فيجب أن يكون في اللعب به مجانًا.

ومنها: قال الشَّافِعِي: وأكره اللعب بالحزة والقرق، قال الرَّافِعِي: والحزة قطعة خشب تحفر فيها حفرة ثلاثة أسطر، ويجعل فيها حصى صغار تلعب بها، وقد تسمى الأربعة عشر، والقرق أن يخط على الأرض خط مربع ويجعل في وسطه خط ويجعل على رؤوس الخطوط حصى صغار يلعب بها.

قال: واللفظة فيما رأيت بخط القاضي الرُّويَانِي: بفتح القاف والراء، وبعضهم قيده بكسر القاف وتسكين الراء.

قال: وفي «الشامل»: إن اللعب بها كهو بالنرد، وفي «تعليق» الشيخ: إنه كالشطرنج، ويشبه أن يقال: ما يعتمد فيه على إخراج الكعبتين فهو كالنرد وما يعتمد على الفكر كالشطرنج، انتهى.

وجعلهما كالنرد هو ما في «الْحَاوِي» و«الشَّامِلِ» وَ«الْبَيَانِ» وَلَفْظُهُ بَعْدَ أَنْ قال: إِنَّ الصَّحِيحَ الَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ تَحْرِيمُ اللَّعِبِ بِالنَّرْدِ، وَهَكَذَا اللَّعِبُ بِالْأَرْبَعَةِ عَشَرَ الْمفَوِّضَةُ إِلَى الْكِعَابِ وَمَا ضَاهَاهَا، فَهِيَ فِي حُكْمِ النَّرْدِ فِي التَّحْرِيم.

قُلْت: وَقَضِيَّةُ هَذَا وَكَلَامُ الرَّافِعِي تَحْرِيمُ اللَّعِبِ بِمَا تُسَمِّيهِ الْعَامَّةُ الطَّابَ وَالدُّكَّ فَإِنَّ الِاعْتِمَادَ فِيهِ عَلَى مَا تُخْرِجُهُ الْقُضْبَانُ الْأَرْبَعَة، وفي النفس منه شيء إذا خلا عن القمار والسفه لكنه قد يجر إليهما، وألحق الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية» النرد واللعب بالأربعة عشر وبالصدر والسفلة والنوافل والكعاب والرباب والدوامات.

قال: وكل من لعب بهذا الجنس فيخيف مردود الشهادة قمارًا أو غيره، انتهى وبعض ما ذكراه لا أعرفه.

وَيُكْرَهُ بِشِطْرَنْجٍ، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ.

قال: (**وَيُكْرَهُ بِشِطْرَنْجٍ**) أي: تنزيهًا على الصحيح المشهور، واختلف في سبب كراهته فقيل: لأنه ضرب من اللعب، وقيل لما تحدث عنه من الخلاعة ووراء ظاهر المذهب وجهان:

أحدهما: إنه حرام كالنرد، واختاره الرُّويَانِي، وبه جزم الْحَلِيمِي، وجزم الديلمي: بأنه من الصغائر، ثم قال: ولا يسمع قول من قال: إنه من الأدب.

والثاني: إنه مباح لا كراهة فيه، وهو ظاهر ما يحكى عن الصعلوكي وغيره وهو شاذ، وقال الغزالي: يباح اللعب به، ويصير بالمواظبة عليه مكروهًا، وقال في «الإحياء»: الإكثار منه صغيرة، وقد ذكرت في «الْغَنِيَّة» مذاهب العلماء فيه وما وقع في النقل عنهم من الاختلاف.

وقال المصنف: إن الجمهور منهم على تحريمه، قال أصحابنا: والأصل الإباحة، ولأن فيه تدبير الحروب فأشبه اللعب بالحراب، وإنما كرهناه وإن لم يثبت فيه نهي؛ لأثر مروي فيه عن علي رضي الله عنه وخوف الانشغال به عن الصلاة وغيرها واحتج محرموه بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] وأخبار ضعيفة ذكرتها في «الْغَنِيَّة».

قال الإمام أحمد: أصح ما في الشطرنج قول علي، يعني قوله للاعبين بها: «مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ»(١)، وقد ذكرت الجواب عنه وعن حجتهم في «الْغَنِيَّة» وإنه ليس في الباب حديث صحيح ولا حسن وأسبغت القول في ذلك. قال: (**فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ**) أي: وهو حرام وفاقًا، وأشار في «الأم» إلى نقل الإجماع فيه، أما لو أخرجه أحدهما على أنه إن غلب عاد إليه وإن غلب أخذه الغالب.

قال المَاوَرْدِي: فقد اختلف أصحابنا في جوازه بناء على اختلافهم في حديث: «**لا سَبْقَ إِلا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ**»(٢) هل هو أصل بذاته أو

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٢٨٧، رقم ٢٦١٥٨)، والبيهقي (١٠/ ٢١٢، رقم ٢٠٧١٩).
(٢) تقدم تخريجه.

....

استثناء من جملة محظورة، فعلى الأول يجوز القياس عليه ولا يكون هنا حظر ولا جرح، وعلى الثاني لا يجوز هنا، ويكون إخراج العوض فيه محظور أو مجرحة مجروحًا.

قلت: والتحريم هو المذهب، وبه قطع الأصحاب ولو صح البناء لكان المذهب الجواز لما عرف هناك.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: ولا يعلم أحدًا استحلَّ القمار ولا تأوله، ولكنه لو جعل فيها سبقًا متأولًا كالسبق في الرحى، قيل له: قد أخطأت خطأ فاحشًا، ولا ترد شهادته بذلك حتى يقوم عليه بعدما تبين له، وذلك لا غفلة في هذا على أحد، وإن العامة مجتمعة على أن هذا محرمٌ، انتهى.

فروع وفوائد:

أحدها: لو لم يقترن به قمار ولا أخذ عوض من جانب بل اقترن به فحش أو تفويت فريضة عمدًا [ردت الشهادة بذلك المقارن، ولو لم تخرج الصلاة عن وقتها عمدًا لكن شغله اللعب به حتى خرج الوقت وهو غافل.

قال ابن الرِّفْعَة: فإن لم يتكرر منه ذلك لم ترد شهادته] وإن كثر وتكرر فسق وردت شهادته؛ لأنه شغل نفسه بما فات به الصلاة، هكذا ذكروه وفيه إشكال لما [سبق] من معصية الغافل وللاهي تم قياسه الطرد في شغل النفس بسائر المباحات، وأشار القاضي الرُّويَانِي إلى وجه أنه يفسق تكرر أو لم يتكرر، وفي «المهذب» اشتراط التكرار في إخراجها عن الوقت عمدًا من الكبائر.

قلت: والمذكور في «الْحَاوِي» وغيره أنه ليس بكبيرة، وإنما ترد به الشهادة إذا اعتاده وهو ما في «المهذب» وحكاه الْبَغَوِي وجهًا ومنه أخذه وهو شاذ، نعم؛ المشهور اعتبار التكرار في النسيان فقط.

وفي «الذَّخَائِر» إن أخرجا الفريضة عن وقتها عمدًا ردت شهادتهما، وإن كان يشغل عن الصلاة في أول وقتها ويؤخرانه عنه مع العلم به، فإن لم يكثر ذلك منهما لم ترد به الشهادة وإن كثر ردت.

....

قال صاحب «المهذب»: لأنه من الصغائر يفرق بين قليلها وكثيرها، قال: فظاهر قوله اعتبار إخراج الصلاة عن وقتها، انتهى.

وكأنه لما استغرب ظاهر كلامه حاول تنزيله على ما ذكره من تأخيرها عن أول الوقت، وهو غريب قريب لما فيه من التهاون بالدين كترك الشيخ في الركوع والسجود، وقال الدَّارِمِي: إن شغلته عن وقت الصلاة لم يقبل، وقيل: إذا سها بها عن الصلاة عذر مرة فإن عاد لم يقبل.

قلت: ويقرب أن يقال: إنه لو علم من عادته أنه لو لعب به وقع ذلك منه وجب أن يحرم عليه ويفسق بالمرة الواحدة كما لو تعمد إخراجها تهاونًا، وقول الرَّافِعِي: تم قياسه الطرد في شغل النفس بسائر المباحات إن أراد به المستوى الطرفين فرق بالتغليظ عن المشتغل بالمكروه، وإن أراد به المكروه التزم الطرد، والحق أن ما ذكروه من التفسيق مشكل ويجب تأويله على إرادة رد الشهادة به كالفسق بالمحرم؛ لأن الناسي والغافل مأثوم، وقد ناقش الإمام والغزالي في «الْبَسِيط» الأصحاب في قولهم اللعب بالشطرنج حرام عند اقترانه بشيء من ذلك وقالا: حكمه لا يتغير بذلك، وهذه أمور مستقلة بالتحريم اتصلت به أم لا، وعبارة جماعة أن شهادته ترد به بلا زيادة، وعبارة «تجربة» الرُّويَانِي: لو داوم على اللعب به وترك المهمات بسببه فهو سفه وترك مروءة فترد به الشهادة ذكره أصحابنا، انتهى.

وقد يقال: إذا علم من نفسه الاسترسال [والاشتغال] به أنه يحرم إعطاء للوسائل حكم المقاصد.

ثانيها: قال الرَّافِعِي: عبّر الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني عن سلامته عن القرائن الفاسدة بأن قال: وقد سُئل عن اللعب به إذا سلم المال عن الخسران والصلاة عن النسيان واللسان عن البهتان أرى ذلك أنسًا بين الإخوان حكاه الرُّويَانِي في «جمع الجوامع» ورأيته بخطه والذي منسوبًا إلى الصعلوكي.

قلت: وقال صاحب «التَّرْغِيب» وكتب الصعلوكي: إذا سلمت الأموال من

....

الخسران، واللسان من الطغيان، والصلاة من النسيان؛ رأيته أنسًا بين الخلان كتبه سهل بن سلمى، انتهى.

وهكذا رأيته في «تعليقي» الْبَغَوِي وإبراهيم المروزي، زاد الْبَغَوِي: لكن مع هذا اللعب مكروه؛ لأنه اشتغال بما لا يعينه.

ثالثها: لو تجرد اللعب به عن المحرمات لكن داوم عليه فسيأتي أن شهادته مردودة وزاد الخوارزمي عدم الجواز وفي «الشامل» لا ترد وإن أكثر، وفي «الإحياء» يصير صغيرة وأولناه، ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري: ولا يجوز شهادة اللاعب به قمارًا أو على أجزاء وعلى أظهر الطريق أو هدى عليها أو ترك عليها صلوات أو كانت عليه مصورة على شكل الحيوان فمردود الشهادة إجماعًا.

رابعها: لو لعب به مستحلة مع محرمة فهل يقضي الأول ويظهر تخريجه على الوجهين فيما لو تابع بعد الأذان بين يدي الخطيب من لا يلزمه حضور الجمعة من يلزمه، وأصحهما: التحريم؛ لأنه ساعد الآخر على المعصية، فكذلك هاهنا.

خامسها: اتخاذ الحمام للبيض والفرخ والأنس بها وبحمل الكتب جائز بلا كراهة، وأما اللعب بها بالتطيير والمسابقة فقيل حكمه كذلك، والظاهر كراهته كالشطرنج، وقال مالك وأبو حنيفة: ترد الشهادة بمجرده قاله الرَّافِعِي: وذكر المَاوَرْدِي له ثلاثة أحوال اتخاذه للفرخ وغيره مما سبق فلا ترد به الشهادة، والثاني: إن يخرج باتخاذها إلى الشفاهة إما للبذلة في أفعاله أو الحناء في أقواله فترد بذلك شهادته، والثالث: ما اختلف في رد الشهادة به وهو اتخاذهما للمسابقة وفيه وجهان بناء على ما سبق في حديث لا يسبق وقد سبق.

واقتضى كلام الدَّارِمِي وغيره: أنها كالشطرنج فيما ذكرناه سواء، حيث قالوا يكره اللعب بالشطرنج والحمام والمختار الجاري على القواعد أن من أظهر اللعب بها بالتطيير أو المسابقة وعرف بذلك مردود الشهادة؛ إذ العرف

وَيُبَاحُ الْحُدَاءُ وَسَمَاعُهُ.

في هذه الأعصار مطرد بأنه إنما يتعاطى ذلك أراذل الناس، ومن خلع جلباب الحياء والمروءة.

وقال الموفق الحنبلي: اللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له؛ لأنه سفه دناءة وقلة مروءة، ويتضمن أذى الجيران بتطييره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة، وقد رأى ﷺ رجلًا يبيع حمامة فقال: «**شيطان يبيع شيطانة**»[١] انتهى.

وفي «التَّرْغِيب»: اللعب به مكروه واقتناؤه مباح إلا إذا اقتناه لسرقة حمام غيره، وفي «تعليق» الْبَغَوِي وإبراهيم المروزي أن اللعب بالحمام أخف كراهة من اللعب بالشطرنج زاد الْبَغَوِي؛ لأنه يستعان على أنها الأخبار في الأسفار البعيدة، انتهى.

فَرْعٌ: قال الصَّيْمَرِيّ: اللاعب بالمداحي والخاتم مجانًا مقبول الشهادة إذا لم يتظاهر بذلك وجزم بعضهم بتحريم اللعب بالجوز.

وقال شُرَيْح: اللعب به أخف من اللعب بالحمام والشطرنج، وهذا حيث لا قمار وإلا فهو حرام إجماعًا، ولا يجوز عقد المسابقة على المداحاة وهي من بنادق أو حصى إلى حفرة.

قال الدَّارِمِي: فإن كان مجانًا فهو لعب، وما أظهره للترك في هذه الأعصار أوراقًا مزوقة بأنواع من النقوش يسمونها كنجفة يلعبون بها فإن كان فيها عوض فحرام بلا شك؛ لأنه قمار وإلا فهي كالنرد ونحوه لما سبق من التوجيه.

قال: (**وَيُبَاحُ الْحدَاءُ**) وهو بالمد وضم الحاء وكسرها لغتان، وضمه ضبطه المصنف بالضم.

(**وَسَمَاعُهُ**) وكان الأحسن أن يقول وأسماعه، والأحاديث في «الصحيحين» وغيرهما مصرحة بذلك، وصرح بنفي الخلاف فيه ابن عبد البر وغيره.

وفي «الرعاية الكبرى» لابن حمدان الحنبلي ما يقتضي نقل خلاف فيه،

---

(١) لم أجده.

وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلَا آلَةٍ، وَسَمَاعُهُ.

ولم يذكره الموفق في «مغنيه»، والسنة ترده بل قال ابن العباس القرطبي المالكي: ربما يندب أي لما فيه من طرد النوم وتنشيط الإبل للسير ونشاط النفس ونحوها، وهذا ظاهر عند القصد الصالح.

قال المَاوَرْدِي: الحداء تحسين الرجز المباح بالصوت الشجي لتخفيف كلل السير ونشاط النفس، ولم يقصره غيره على الرجز وهو الصحيح.

وقال الأزهري: هو ما ينشد الحادي خلف الإبل من رجز شعر وغيره.

قال: **(وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلَا آلَةٍ، وَسَمَاعُهُ)** قيل: الصواب أن يقال: واستماعه لا سماعه واستدل لكراهته بآيات شريفة:

منها: قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ﴾ [القمان: ٦] قال ابن مسعود: هو الغناء، قال الحاكم: صحيح الإسناد، وعن ابن عباس: أنه الغناء وأشباهه، رواه البيهقي، قال: ورويناه عن إبراهيم النخعي ومجاهد وعكرمة، وزاد غيره: روايته عن الحسن وسعيد بن جبير وقتادة.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَفۡزِزۡ مَنِ ٱسۡتَطَعۡتَ مِنۡهُم بِصَوۡتِكَ﴾ [الإسراء: ٦٤] وفسره مجاهد بالغناء والمزامير.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَشۡهَدُونَ ٱلزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢] قال ابن الحنفية ومجاهد: إنه الغناء.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَأَنتُمۡ سَٰمِدُونَ ٦١﴾ [النجم: ٦١] قال: عكرمة: هو الغناء بلغة حمير، وحكاه أبو العباس القرطبي عن ابن عباس، قال: وقال مجاهد: هو الغناء بلغة أهل اليمن، وقال المهدوي في تفسير «غريب القرآن»: سامدون: لاهون، والسامد على خمسة أوجه: اللاهي، والمعرض، والهائم، والساكت، والحزين الخاشع، واستدل الرَّافِعِي وغيره بحديث مرفوع عن ابن عباس: **«الْغِنَاءُ يُنْبِتُ النِّفَاقَ فِي الْقَلْبِ كَمَا يُنْبِتُ الْماءُ الْبَقْلَ»**[1] وهو ضعيف

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٢٣، رقم ٢٠٧٩٦) وفي شعب الإيمان (٤/ ٢٧٨، رقم ٥٠٩٨) وأبو داود (٤/ ٢٨٢، رقم ٤٩٢٧)، والمروزي في تعظيم قدر الصلاة (٢/ ٦٢٩، رقم ٦٨٠) قال=

....

رواه البيهقي، وفي إسناده مجهول، ثم رواه موقوفًا عليه، وذكر أن وقفه عليه هو الصحيح.

وقال ابن طاهر المقدسي: رواه الثقات عن شعبة عن مغيرة عن إبراهيم، قال: وهذا أصح الإسناد فيه يعني: أنه من قول إبراهيم النخعي، وذكر أبو العباس القرطبي أنه رواه مرفوعًا أبو داود، قال: ورواه غيره من حديث أبي هريرة.

قال المَاوَرْدِي: اختلف أهل العلم في الغناء فأباحه قوم، وحظره آخرون، وكرهه مالك والشافعي وأبو حنيفة في أصح ما قيل عنهم.

قلت: واختلف أصحاب أحمد في أنه حرام أو مكروه وحكوا عنه ما يحتمل القولين، وأحسن الإمام المحقق أبو العباس القرطبي في كتاب «كشف القناع عن حكم الوجد والسماع» في كلامه على الغناء واستماع الملاهي ولخصت مقاصده في «الْغَنِيَّة» مع تحقيقات يطول ذكرها، وإنكارات على مبتدع أو متساهل مجازف في النقل.

ومن مقدمة ما ذكرناه أن الغناء بالمد والكسر عند العرب: هو رفع الصوت بالشعر أو ما قاربه من الرجز على نحو مخصوص، وقيل: إنه صوت فيه تمطيط، وهو يجري مجرى الحداء ويسمونه النصب، قال الهروي: والنصب صوت من غناء الأعراب، وحكى غيره أنه يسمى الركباني.

قال أبو العباس: فالغناء على ضربين:

ضرب: جرت عادة الناس باستعماله عند محاولة أعمالهم، وحمل أثقالهم وقطع مفاوز أسفارهم يسلون بذلك نفوسهم وينشطون به على مشاق أعمالهم كحداء الأعراب بإبلهم، وغناء النساء لتسكين صغارهم، ولعب الجواري بلعبهن

= ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٤٤٠): رواه البيهقي بإسناد ضعيف وقال المناوي (٤/ ٤١٣): قال النووي: لا يصح. وأقره الزركشي، وقال العراقي: رفعه غير صحيح لأن في إسناده من لم يسم. وأورده القاري في الموضوعات الكبرى (١٦٤/ ٦٣١).

....

وما شاكل ذلك، فهذا النحو إذا سلم المغني به من فحش أو ذكر محرم كوصف الخمور والقينات فلا شك في جوازه ولا يختلف فيه؛ بل ربما يندب إليه إذا بسط على البر ورغب في تحصيل الخير كالحداء في الحج والغزو، وكقول الصحابة في غزوهم: اللهم لولا أنت ما اهتدينا ولا تصدقنا ولا صلينا إلى آخره، وقولهم في حفر الخندق: هين لين قصدنا والنبي يعمل كذاك منا العمل المفضل، وكأمره ﷺ للنساء: أتيناكم أتيناكم فحيونا نحيكم، وكالأشعار المزهدة في الدنيا المرغبة في الآخرة كإنشاد بعض السلف الصالح:

يا غاديًا في غفلة ورائحا ... إلى متى تستحسن القبائحا

واعجبًا منك وأنت مبصر ... كيف تجنبت الطريق الواضحا

فهذا وشبهه من أنفع الوعظ والحاصل عليه أعظم أجر.

والضرب الثاني: غناء ينتحله المغنون العارفون بصنعة الغناء المختارون المارق من غزل الشعر الملحنون بالتلحينات الأنيقة، المقطعون لها على النغمات الدقيقة التي تهيج النفوس وتطربها، فهذا هو الغناء المختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه محرم وهو مذهب مالك، قال أبو إسحاق الطباع: سألت مالكًا عما يترخص فيه أهل المدينة من الغناء؟، فقال: إنما يفعله عندنا الفساق، وقال إذا اشترى جارية فوجدها مغنية كان له ردها، وهو مذهب سائر أهل «المدينة» في الغناء إلا إبراهيم بن سعد وحده فإنه لم ير به بأسًا، وإلى تحريم ذلك ذهب أبو حنيفة وسائر أهل الكوفة إبراهيم النخعي والشعبي وحماد وسفيان الثوري وغيرهم لا اختلاف بينهم فيه.

وقال المحاسبي: الغناء حرام كالميتة، ثم حكى عن أحمد ما يقتضي التحريم وما يقتضي الكراهة، قال: وأما الشَّافِعِي فروي عنه ما يدل على التحريم وذكر نصوصًا له.

والقول الثاني: الكراهة وهو أحد قولي الشَّافِعِي وأحمد، وقول أهل

....

البصرة، قال: غير واحد من العلماء: لا يعرف بين أهل البصرة خلاف في كراهته إلا ما روي عن عبيد الله بن الحسن العنبري فإنه لم ير به بأسًا.

والقول الثالث: الإباحة وهو المروي عن إبراهيم بن سعد والعنبري، وهما شاذان والعنبري مبتدع في اعتقاده غير مرضٍ في عمله، وإبراهيم بن سعد ليس من أهل الفتيا، وقد حكى أبو طالب المكي الإباحة عن جماعة من الصحابة ﷺ عبد الله بن جعفر وابن الزبير والمغيرة، ومعاوية، وقال إنه نقل فعل ذلك عن كثيرين من السلف صحابي وتابعي ولم يزل الحجازيون عندنا بمكة يسمعون السماع في أفضل أيام السنة الأيام المعدودات.

قال أبو العباس: وهذا إن صح فهو محمول على سماع النوع الأول لا على الثاني، وقد حكاه بعض الشافعية والصيمري عن مالك، ولا يصح عنه بوجهٍ ولا عن أحد من أصحابه، انتهى.

ولم يصب من قال من شارحي «المنهاج»: إن الدليل على إباحته الكتاب والسنة والإجماع إلى أن قال: وأما الإجماع، فقال ابن طاهر بعد أن ساق ذلك بأسانيد عن الصحابة والتابعين: هذا إجماع منعقد من غير خلاف وقع بين هذه الفرق وهم أهل الحل والعقد، وليس لمن بعدهم إحداث شيء، ونقل هو وغيره إجماع أهل المدينة عليه.

قال هذا الشارح سامحه الله: وقد روى الغناء وسماعه من جماعة عن جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الرحمن بن عوف، وأبو عبيدة بن الجراح وسعد بن أبي وقاص، وأبو مسعود الأنصاري، وبلال، وعبد الله بن الأرقم، وأسامة بن زيد، وحمزة بن عبد المطلب، وقضيته في الصحيح، وابن عمر، والبراء بن مالك، وعبد الله بن جعفر، وعبد الله بن الزبير، وقرظة بن كعب، ومعاوية، وخوات بن جبير، ورباح بن أبي معروف، والنعمان بن بشير والمغيرة بن شعبة، وحسان بن ثابت، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعائشة أم المؤمنين، والربيع بنت معوذ.

....

قال: وأما التابعون: فسعيد بن المسيب، وسالم، وسرد اثني عشر اسمًا، قال: وأما تابعوهم فخلق لا يحصون منهم الأئمة الأربعة وسفيان بن عيينة وجمهور الشافعية.

قلت: وقد تساهلت في كثير مما نقلت، أما بن طاهر المقدسي وإن كان حافظًا مكثرًا فليس بظاهر النقل في هذا النوع. وفي كتابه «صفوة التصوف» وكتابه «في السماع» فضائح وتدليسات قبيحة لأشياء موضوعة ومختلقة على بعض الأئمة كما سيأتي، ودعواه إجماع الصحابة مجازفة وتدليس، وأما نسبة هذا الشارح إلى هؤلاء الصحابة مجملًا فبعضه نسبه إلى تخريج البيهقي، وبعضه إلى ابن أبي شيبة وإلى ابن عبد البر، وبعضه إلى ابن طاهر، وإلى أبي نعيم وأبي طالب المكي، وابن قتيبة وصاحب «الأغاني» والزبير بن بكار، وأكثره لا يثبت ولو ثبت لم يظهر منه أن ذلك الصحابي يبيح الغناء المتنازع فيه، فالمروي عن عمر رضي الله عنه أن فلانًا دخل عليه فوجده يترنم ببيت أو نحوه، فقال: إذا خلونا قلنا كما يقول الناس، فالله أعلم ما كان ذلك البيت وما كان ترنمه وما صفته.

وصحَّ عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: ما تغنيت وما تمنيت، فإطلاق القول بنسبة الغناء واستماعه إلى إمام الهدي يتجاسر ولا يفهم الجاهل والضال إلا هذا الغناء الذي يتعاطوه المغنيون المتخنثون.

قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وعن عمرو عبد الرحمن بن عوف وأبي عبيدة بن الجراح وأبي مسعود الأنصاري ترنمهم بالأشعار في أشعارهم، وكذلك أسامة بن زيد وعبد الله بن الأرقم وعبد الله بن الزبير وبلال في مجالسهم، انتهى.

[والظاهر](١) الذي يجب القطع به أن غالب الصحابة ومن بعدهم من الأئمة من الضرب الأول وليس بمحل النزاع، قال: الإمام القدوة خطيب الشام أبو القاسم الدَّوْلَعِيُّ في «مصنفه» في السماع: إنه لم ينقل عن أحد من

(١) في نسخة: (الطالب).

....

الصحابة - رضوان الله عليهم - الغناء، أي: المتنازع فيه، ولا جمع له جموعًا ولا دعا الناس إليه ولا حضره في ملأ في خلوة ولا خلوة ولا مدحه، ولا أثنى عليه؛ بل ذمه وقبحه وذم الاستماع إليه، ولا نقل إلينا أنه علم ذلك ولده ولا نبه عليه، ولا أعلم أنه مكرمة هذا لفظه من خطه.

وقد نقل هذا التنازع عن العسكري أن أكثر أهل العلم على أن أول من غنى الغزل طويس، وعن أبي الفرج الأصفهاني أنه لم يكن للعرب إلا الحداء والنشيد وكانوا يسمونه الركباني، وقد أوضحت في «الْغَنِيَّة» من حجج القول بالتحريم والكراهة والرد على المبيحين المتساهلين ما ينشرح له القلب المنور كأتباع السنة الخالي من البدعة، ومما يستدل به على ذمه وذم متعاطيه من المتفق على صحته قوله ﷺ: «**مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ**» وفي لفظ: «**من صنع شيئًا ليس عليه أمرنا فهو رد**»[(١)].

قال أبو العباس: وجه الدليل أن الغناء المطرب لم يكن من عادته، ولا فعل بحضرته، ولا اتخاذ المغنين والاعتناء بهم منقول في سيرته، ولا سيرة الخلفاء ولا سيرة أصحابه ولا عترته فلا يصح بوجه نسبته إليه، ولا أنه من شريعته وما كان كذلك فهو من المحدثات التي هي بدعة ضلالة، وقد تبعا ما من غلب عليه الهوى وقد قال ﷺ: «**كل لهو يلهو به الرجل فهو باطل إلا رميه بقوس، تأديبه فرسه، وملاعبة أهله**»[(٢)] قال الترمذي: حسن صحيح، وأطال ﷺ وأطال استدلالًا وجوابًا.

قلت: ومن الأحاديث المختلفة ما رواه ابن طاهر المقدسي: «**أنه ﷺ تواجد حتى سقطت البردة عنه وتواجد أصحابه**» فقال في كتابه «صفة التصوف»:

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٧) ومسلم (٤٥٨٩) وأبو داود (٤/ ٢٠٠، رقم ٤٦٠٦).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٤٤، رقم ١٧٣٣٨) والترمذي (٤/ ١٧٤، رقم ١٦٣٧) وأحاله على حديث قبله والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٢٣٦ رقم ٦٤٩٦) والطيالسي (ص ١٣٥ رقم ١٠٠٧) والدارمي (٢/ ٢٦٩ رقم ٢٤٠٥) والطبراني (١٧/ ٣٤١ رقم ٩٤١) كلاهما معطوفًا على لفظ سابق. والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٤ رقم ١٩٥١٧).

....

أخبرنا أبو منصور محمد بن عبد الملك بسرخس قال: أخبرنا أبو علي الفضل بن منصور بن نصر الكاغذي السمرقندي أجازه، ثنا الهيثم بن كليب، ثنا أبو بكر عمار بن إسحاق، ثنا سعيد بن عامر عن شعبة عن صهيب عن أنس قال: «كنا عند رسول الله ﷺ إذ نزل عليه جبريل عليه السلام فقال: يا رسول الله، إن فقراء أمتك يدخلون الجنة قبل الأغنياء بنصف يوم وهو خمسمائة عام، ففرح رسول الله ﷺ وقال في**كم من ينشدنا**؟ فقال بدوي: نعم يا رسول الله فأنشد:

قَد لَسَعت حيّة الهَوى كَبدي ... فَلا طَبيب لَها وَلا راقي

إلّا الحَبيب الَّذي شغفت بِهِ ... فَإِنَّهُ رقيَتي وَترياقي

فتواجد رسول الله وتواجد أصحابه حتى سقط رداؤه عن منكبيه، فلما فرغوا أوى كل واحد إلى مكانه، فقال معاوية بن أبي سفيان: ما أحسن لعبكم برسول الله، فقال: «**يا معاوية، ليس بكريم من لم يهتز عن السماع للحبيب ثم قسم رداءه ﷺ على من حضره بأربعمائة قطعة**».

قال ابن طاهر: وهذا الحديث نص على أن مذهب الصوفية كان معلومًا عندهم معمولًا به بينهم فإنكاره جهل بالمنقول والمتمادي على إنكاره بعد هذا ليس له محصول(١).

قال أبو العباس القرطبي: وابن طاهر وإن كان حافظًا فلا يحتج بحديثه لما ذكره السمعاني عن جماعة من شيوخه أنهم تكلموا فيه ونسبوه إلى مذهب المباحية، وعنده هنا كثير في هذا الكتاب روى فيه عن مالك وغيره من أئمة الهدى حكايات منكرة باطلة قطعًا.

وقال محمد بن ناصر ـ يعني السلامي: الحافظ محمد بن طاهر ليس بثقة، وفي هذا السند عمار بن إسحاق ولا يحتج به، يرويه عن سعيد بن عامر وهو كثير الغلط قاله السمعاني، ثم العجب من غلبة الهوى والميل عليه أنه لما استكمل سياق هذا الحديث قال في آخره كلامًا أوهم به الضعفاء أنه على شرط

(١) انظر: صفة التصوف (١/ ٤٦٨).

....

«الصحيحين» فقال: اعلم أن هذا الإسناد من أبي محمد سعيد بن عامر إلى أنس ابن مالك من شرط الكتابين أخرجا بهذا الإسناد غير حديث في «الصحيحين» فلولا قصد الإيهام والتلبيس لما قال: هذا، وإلا فأي فائدة فيه إذ كل من قبل سعيد ليس على شرط الصحة، وسعيد نفسه ليس من شرط الكتابين فكيف يحتج أحد بمثل هذا لولا غلبة الهوى، وأيضًا فالواقف على متن هذا الحديث من قوله: فقال فيكم من ينشدنا إلى آخره إذا كان له إلمام بمعرفة السنة يعلم على القطع أنه مصنوع موضوع وشعره لا يليق بحرًا بأشعار العرب ولا ألفاظهم؛ بل يليق بشعر مخنثي شعراء المولدين، يدرك ذلك بالذوق من له خبرة بشعر العرب، وكذلك ألفاظ متن الحديث لا تليق بكلامه ﷺ وكذلك تمزيق الرداء على أربعمائة قطعة، وأطال القرطبي في رد هذا الحديث المختلق، وما قاله حق وصدق لا ينازع فيه أحد من أهل المعرفة بالحديث ولا شك فيه فالله حسيب مختلفة، وقد ذكره صاحب «عوارف المعارف» ثم قال: لكن يخالج سري أن هذا الحديث ليس فيه ذوق اجتماع النبي ﷺ بأصحابه ويأبى القلب قبوله، انتهى وما خالج سره رحمه الله يعين عند غيره قد خالط قبله وبالله التوفيق.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: قال: من أشرنا إليه من شارحي «المنهاج» ما جزم به المصنف من كراهة الغناء هو المشهور من عدة أوجه:

ثانيها: إنه حرام على الإطلاق، وبه جزم الرَّافِعِي في البيوع والغصب، فقال: إنه معصية وتابعه في «الرَّوْضَة» على الثاني وحذف الأول لكونه تعليلًا.

قلت: وهذا قول الْحَلِيمِي.

وثالثها: يحرم كثيره دون قليله ذكره الرَّافِعِي، رواية أبي الفرج الرازي وهو السرخسي، واقتضى إيراد ابن أبي هريرة إنه المذهب، فإنه قال الشَّافِعِي: لا يتجه مطلقًا ويقول: إن كان كثيرًا دخل في باب الشفعة.

قلت: وهذا الكلام لا يتضمن القول بالتحريم؛ بل ترك المروءة.

....

ورابعها: ما ذكره بعض تلامذة الْبَغَوِي في «التقريب» حيث قال: الغناء حرام فعله وسماعه فإن كان في بيت فله وجهان.

قلت: وهذا راجع إلى رد الشهادة بالمجاهرة دون الإخفاء.

وخامسها: قول الْحَلِيمِي في «منهاجه»: هو مباح إلا أن يكون في جنس غير حلال ويشترط ألا يقترن به منكر ونحوه، وذكر في موضع آخر منه حمل الأخبار والآثار الواردة في ذمه على ما إذا كثر منه وانقطع إليه أو وجد فيه مكروه، وقال فيه أيضًا: إذا اتصل الغناء المباح بطريق صحيح مثل أن يكون برجل وحشة أو علة عارضة لفكره فأشار عدل من الأطباء بأن بر الشاكي النزهة ويغني ليفرح بذلك وينشرح صدره؛ ارتفع اسم الباطل في هذه الحالة وكان اسم الحق أولى به.

سادسها: قاله الخوارزمي في «كافيه»: إن صحت النية فيه لم يكره.

سابعها: ما قاله الأستاذ أبو منصور: إذا سلم من يضيع فرض ولم يترك حفظ حرمة المشايخ فهو محمود وربما كان السامع له مأجورًا، قال: ومذهب الشَّافِعِي الجواز بالقول والألحان إذا سمعه رجل من الرجال أو محرم ولم يسمعه على قارعة الطريق، ولم يقترن به مكروه، قال: ونص الشَّافِعِي في بعض كتبه على أن الذي يحرم من الغناء ما يغني به المغني على جعل.

وفصَّل ابن حزم ونحا نحوه الغزالي وغيره: من نوى بالغناء ترويح القلب ليقوى على الطاعة فهو مطيع، ومن نوى به التقوية على المعصية فهو عاص، وإن لم ينو طاعة ولا معصية فهو لغو معفو عنه كخروج الإنسان إلى بستانه وقعوده على بابه متفرجًا.

قلت: وكأنه جعل هذا وجهًا ثامنًا، وفي عده ثمانية أوجه في المسألة تساهل ظاهر وصاحب «الْكَافِي» ليس من ذوي الوجوه، ويخرج من كلام الأصحاب غير ما ذكره؛ لكن باعتبار آخر وضمائم.

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: ومن ترنم مع نفسه أحيانًا لا ترد شهادته اللهم إلا

....

إذا داوم ومن سمع بيتًا ذا وجهين فقال: وضرب برجليه طربًا إلى ذكر الله فلا ترد شهادته، فأما الذي يسمع بيتًا ذا وجهين فهو مباح، وإن لم يحتمل إلا وجهًا واحدًا وهو وجه الفسق؛ فحرام الثاني إذا استمع إلى غناء امرأة أجنبية اشتدت الكراهة.

ونقل القاضي أبو الطيب في مصنفه في السماع تحريمه عن الأصحاب سواء كانت حرة أو أمة مكشوفة، أو من وراء حجاب، ونقله السهروردي على اتفاق الأصحاب ونحوه قول القاضي الحسين: لا خلاف في التحريم والحالة هذه.

قال الرَّافِعِي: وهذا هو الخلاف في أن صوتها عورة أم لا؟ وتبعه في «الرَّوْضَة» وفيه وقفة؛ لأن ذلك الخلاف في مطلق سماع صوتها وأما الغناء الملحن بالنغمات الموزونات مع التخنث والتقبح كما هو شأن المغنيات ففيه أمور زائدة على مطلق سماع الصوت فينبغي التحريم هنا، وإن قلنا: صوتها ليس بعورة على أنه قد اضطرب كلام الشيخين في ذلك ففي باب الآداب من «شرح المهذب» وإذا قلنا: يؤذن فلا ترفع صوتها فوق ما تسمع صواحبها اتفقوا عليه، ونص عليه في «الأم» فإن رفعت فوق ذلك حرم؛ لأنه يفتن بصوتها كوجهها وصرح به في «الرَّوْضَة» هناك، قال: وممن صرح بتحريمه إمام الحرمين والغزالي والرافعي وأشار إليه القاضي الحسين، وقال السرخسي: رفع الصوت مكروه وصرح في باب الإحرام بأن الصحيح أن رفع صوتها بالتلبية مكروه، وكذا صنع في «الرَّوْضَة».

قلت: وذكرت في «الْغَنِيَّة» أن الوجه الجزم بتحريم سماع غناء الأجنبية.

وإن قلنا: صوتها ليس بعورة؛ لأن الصوت بالغناء الملحن المزين بالنغمات الرائقة والأشعار الرقيقة الفائقة مع ما تضمه إليه من الزيادة في التأنيث والتخنث تجنبًا للغناء لا يشبه الصوت الخالي عن ذلك الذي يجب أن يكون محل الخلاف، وأما هذا فحاث على الفسوق.

قال أبو العباس القرطبي: وجمهور من أباح سماع حكموا بتحريمه من

....

الأجنبية على الرجال، ومن الأمرد الحسن على الرجال والنساء، قال: ولا فرق بين سماع الشعر وسماع القرآن وهو الصحيح؛ لما فيه من تهييج الشهوة وخوف الفتنة لا سيما إذا لحنته وقطعته فسماعه منها كالاطلاع على محاسن جسدها الحاصل من غنائها من المفسدة أسرع من كل ذلك؛ لأن السماع يؤثر في النفس قبل رؤية الشخص وإنما تهييجه الشهوة وإيقاعه في الفتنة فلا شك فيه، والحاصل أن سماع غنائهن مظنة المفاسد قطعًا، وأطال في تقريره وهو كما قال: الثالث موضع التردد السابق؛ إذا لم يخف الفتنة أما إن خيفت فحرام بلا خلاف، وكذا السماع من أمرد يخاف منه الفتنة لا للغناء؛ بل كان في القراءة والمحاورة حرم قاله في «الإحياء» وجرى عليه الشيخان وهو الحق؛ بل أقول: لو لم يكن هو محل فتنة؛ ولكن غناؤه يبعث على الافتتان بغيره من الناس أن استماعه منه ومن العجوز الشوهاء حرام قطعًا؛ لما فيه من الحث وتحريك القلب إلى ما يهواه لا سيما أهل الفسق والشغف، ومن له مستقل بصورة خاصة محرمة عليه لا يشك في هذا منصف.

وقول المَاوَرْدِي: إن كان الغناء من غلام لم ترد شهادته، وإن كان من حرة أجنبية ردت شهادة مستمعها إذا تعمد السماع، وإن كان من أمةٍ فهو أخف لنقصها في العورة وهو أغلظ من سماع الغلام لزيادتها عليه في العورة كلام ضعيف؛ لأن المفسدة وخوف الفتنة لا تختلف بالحرية والرق كما في الخلوة والنظر والسماع من المرد الحسان عند خشية الفتنة أغلظ تحريمًا وأشد قبحًا لا ينكره إلا مكابر، ومن غطى هواه على بصيرته.

فَرْعٌ: قال الْحَلِيمِي في «منهاجه»: إن كان تعليم الغناء بالأوتار بحيث لا يحسن يعني: إلا بالمزهر فهو حرام، وإلا فإن كان الغناء حلالًا فتعليمه حلال، أو حرامًا فتعليمه حرام.

قلت: وفي القسم الثاني نظر؛ إذا كان المتعلم إنما يتعلمه ليتخذه حرفة ومكسبة لما في التعليم من الإعانة على ما يوقع غالبًا في المحظورات، فإن من يتخذه معيشة ممتعة لكل أحد من أهل الفسوق وغيرهم.

وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرَبَةِ كَطُنْبُورٍ وَعُودٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ

فَرْعٌ: تحسين الصوت بالقرآن مسنون وأما القراءة بالألحان فقال في «المختصر»: لا بأس بها، وروى الربيع الجبرتي أنها مكروهة، قال الجمهور: ليست على قولين؛ بل المكروه أن يفرط في المد وإشباع الحركات حتى يتولد من الفتحة ألف، ومن الضمة واو، ومن الكسرة ياء، أو يدغم في غير موضعه، فإن لم ينته إلى هذا الحد فلا كراهة.

وقيل: لا يكره وإن أفرط، والصحيح: أنه إذا أفرط على الوجه المذكور حُرم، وبه صرح المَاوَرْدِي فقال: هو حرام يفسق به القارئ والمستمع؛ لأنه عدل به عن نهجه القويم وهذا مراد الشَّافِعِي بالكراهة.

وقال الشاشي في «الحلية»: أباح القراءة بالألحان قوم وخطأها آخرون، واختيار الشَّافِعِي التفصيل وهو أنه إن كانت الألحان لا تغير الحروف عن نظمها جاز، وإن غيرتها إلى زيادة فيها لم تجز.

وقال الدَّارِمِي: القراءة بالألحان مستحبة ما لم يزل حرفًا عن حركته أو يسقطه فإن ذلك محرم والحذر التحذير أفضل.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: تجوز القراءة بالألحان وتحسين الصوت بأي وجه كان؛ إذا كان لا يجاوز الحد فيه ويستحب أن يقرأ حذرًا، قال: وليس المراد بأن يمد مدًا يجاوز الحد ويشبهه بألحان المغنّين وذلك لا يجوز وربما تكون المداومة عليه توجب رد الشهادة.

قال إبراهيم المروزي: والحذر أن يخفض الصوت كما ابتدأ ثم يرفعه ثم يخفضه، وأفتى المصنف بأن ما يفعله الجبابرة من التمطيط الفاحش والتغيير الزائد بإدخال حرف منكر ظاهر حرام بإجماع العلماء، وقد نقل الإجماع فيه المَاوَرْدِي وغير واحد ويجب على ولي الأمر زجرهم وتعزيرهم واستتابتهم، ويجب إنكاره على كل مكلف يمكن إنكاره، والله أعلم.

قال: (**وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرَبَةِ كَطُنْبُورٍ وَعُودٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ**) أي: وسائر المعازف والأوتار ومنها: الرباب والْجُنْكُ والكمنجة آلات

وَاسْتِمَاعُهَا، ....

مشهورة عند أهل اللهو والمجون، فيحرم الضرب بها، واستعمالها في كلام المصنف.

(وَاسْتِمَاعُهَا) المعازف الملاهي.

قال الشيخان: والمزمار العراقي وما تضرب به الأوتار حرام بلا خلاف، وقال الغزالي: القياس تحليل العود وسائر الملاهي، ولكن ورد ما يقتضي التحريم.

وقال الإمام في بعض آلات القياس تحليلها، فإن صحَّ الخبر قلنا، وإلا توقفنا.

قال الشارح المقدم ذكره: لم يصح، وكون المزمار من شعار الشربة قد يمنع، والغالب أنهم لا يحضرونه فإن فيه إظهارًا لحالهم، انتهى.

وهذا باطل، بل يحضرونه في مكامنهم التي لا يظهر فيها أصوات المعازف، ويظهرها أرباب الولايات المجاهرون بالفسوق، قال الغزالي في «الإحياء»: والمنع من الأوتار كلها لثلاث علل:

إحداها: إنها تدعو إلى شرب الخمر، فإن اللذة الحاصلة تدعو إليه، ولهذا حرم شرب قليله.

الثانية: إنها بقريبة الحال تذكره مجالس الشرب، والذكر سبب انبعاث الشوق، وانبعاث الشوق إذا قرب سبب الإقدام.

والثالثة: إن الاجتماع على الأوتار لما صار من عادة أهل الفسق منع التشبه بهم **«وَمَنْ تَشَبَّهَ بِقَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ»**(١).

وقال الإمام أبو العباس القرطبي في «كشف القناع»: أمَّا المزامير والأوتار والكوبة فلا يختلف في تحريم استماعها، ولم أسمع عن أحد ممن يعتبر قوله

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٤، رقم ٤٠٣١) وابن أبي شيبة (٤/ ٢١٢، رقم ١٩٤٠١)، والبيهقي في شعب الإيمان (٢/ ٧٥، رقم ١١٩٩).

....

من السلف وأئمة الخلف من يبيح ذلك، وكيف لا يُحرّم وهو شعار أهل الخمور والفسوق ومنهج الشهوات والفساد والمجون! وما كان كذلك لم يشك في تحريمه، ولا في تفسيق فاعله وتأثيمه، ومما دل على تحريم الملاهي قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] وفسَّره ابن عباس والحسن: بالملاهي.

وقوله: ﴿وَٱسۡتَفۡزِزۡ مَنِ ٱسۡتَطَعۡتَ مِنۡهُم بِصَوۡتِكَ﴾ [الإسراء: ٦٤] فسَّره مجاهد بالغناء. والمزامير في «الصحيحين» عن الصدِّيق: «المزمور الشيطان» وذكروا أحاديث أكثرها لا يستقيم على السير، وأصحَّها ما علَّقه البخاري: «**لَيَكُونَنَّ في أُمَّتِي قَوْمٌ يَسْتَحِلُّونَ الْحِرَ وَالْحرِيرَ وَالْخمرَ وَالْمعَازِف**»[(١)] أي: وهي آلات اللهو، وقول ابن حزم: إنه منقطع ولا حجة فيه، مردود، بل تعليقات كتاب البخاري المجزوم بها حجة عند الأئمة، وقد وصله الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه بأسانيد صحاح لا مطعن فيها، وصحَّحه جماعة من الأئمة كما قاله بعض الحُفَّاظ المتأخرين.

وقول ابن حزم: لم يصح في تحريم العود حديث، وقد سمعه ابن عمر وابن جعفر مردود، ولا يثبت ذلك عنهما، وحاشا ابن عمر من ذلك مع شدة ورعه وتحريه واتباعه وبُعده من اللهو، وقوله: لم يصح فيه حديث محمود منه على ظاهريته، وفي عموم الأحاديث الناصة على ذم البدع والمحدثات وإنكارها ما يدل على تحريمه دلالة لا مدفع لها.

نعم قال المَاوَرْدِي: كان بعض أصحابنا يخص العود بالإباحة من بين الأوتار، ولا يحرمه؛ لأنه موضع على حركات ينفي الهم، ويقوي المنَّة ويزيد في النشاط.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٢٣، رقم ٥٢٦٨)، وأبو داود (٤/ ٤٦، رقم ٤٠٣٩)، وابن حبان (١٥/ ١٥٤، رقم ٦٧٥٤)، والطبراني (٣/ ٢٨٢، رقم ٣٤١٧)، والبيهقي (٣/ ٢٧٢، رقم ٥٨٩٥).

....

قال: وهذا لا وجه له، وقيل: ومال إليه أبو منصور البغدادي، وحكاه ابن طاهر عن صاحب «التَّنْبِيه» قال: وكان مذهبه وأنه مشهور عنه، وإن أحدًا من علماء عصره لم ينكره عليه، قال ابن طاهر: وهو إجماع أهل المدينة.

قلت: هذه مجازفة، وإنما فعل ذلك بها أهل المجانة والبطالة، ونسبته ذلك إلى صاحب «التَّنْبِيه» كما رأيته في كتابه في «السماع» نسبة باطلة قطعًا.

وقد صرَّح في «مهذبه» هنا وفي «الوصايا» بتحريم العود، وهو قضية ما في «تنبيهه» ومن عرف حاله وشدة ورعه ومتين تقواه جزم ببعده وطهارة ساحته من ذلك، وكيف يظن ذو لب في هذا العبد القانت أنه يقول في دين الله ما يفعل ضده، مع ما في ذلك من غليظ الذم والمقت، وكل من ترجمه - رحمه الله - لم يذكر شيئًا من هذا فيما نعلم، ومن المجازفة قوله: وإنه مشهور عنه، ودعوى ابن طاهر إجماع أهل المدينة من طرد دعواه إجماع الصحابة والتابعين على إباحة الغناء والهوى تعمي وتصم.

تَنْبِيهَاتٌ: ما جزم به المصنف هو المشهور، وقال المَاوَرْدِي: هو مكروه مع الغناء، ولا يكره إذا انفرد وهو شاذ، قال الجوهري وغيره: الصَّنْجُ هو الذي يُتَّخَذُ مِنْ صُفْرٍ يُضْرَبُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَر مختص بالعرب، وذو الأوتار مختص بالعجم، وهما معربان، وزعم قاضي حماة أن مراد الرَّافِعِي الثاني، وهذا عجبٌ منه، وقد قال الرَّافِعِي بعد: إن الضرب بالصفاقتين حرام، ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، وتوقف الإمام فيه، انتهى.

والصَّنْجُ العربي كالصفاقتين أو هو هي، وقال ابن معن في التعقيب على «المهذب»: قوله: ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود، والطنبور، والمعزف، والصليل، والمزمار، وأمَّا العود والطنبور فقد فسَّرها الشيخ، والمعزفة: أصوات الْقِيَان إذا كانت مع العود وإلا فلا، يقال: وقيل كل ذلك وتر معزاف، والصِلِّيل ـ بكسر الصاد وتشديد اللام المكسورة ـ هو: الصنج، واشتقاقه من الصولة، وهو صوت الحديد إذا وقع بعضه على بعض، وفي نسخ «المهذب»: مكان الصِلِّيل الطبل، وليس بشيء بل هو غلط وتصحيف، انتهى.

لَا يَرَاعٍ فِي الْأَصَحِّ. قُلْت: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُهُ، والله أَعْلَمُ.

وفي «المحكم»: صل اللجام: امتد صوته وتصلصل مُصَوّت وقال والصنج الذي يكون في الدفوف عربيًّا، فأمَّا ذو الأوتار فدخيل، وقد تكلمت به العرب، وحينئذ يجوز حمل كلام الرَّافِعِي في الصنج على النوعين لا كما ظنّه ابن البارزي.

وأمَّا الطُّنْبُور فبضم الطاء معروف، وفي كتب اللغة: الطُّنْبُور العود، والمشهور في العرف وعند أهل الصنعة: إنه غيره، وكان كل واحد من العود والطُّنْبُور وغيرهما اسم جنس تحته أنواع، وقد يشمل اسم العود سائر الأوتار. انظر قول الْعِمْرَانِي، وخلائق من الأصحاب: الأصوات المكتسبة ثلاثة أضرب: ضرب محرم: وهي التي تطرب من غير غناء؛ كالعيدان، والطنابير، والطبول، والمزامير، والمعازف، والنايات، والأكتار، والرباب وما أشبهها، انتهى.

والمزامير تشمل الصرناي وهو قصبة ضيقة الرأس متسعة الآخر يُزمَّر به في المواكب، وعلى الزَّفات، وفي الحرب، وتشمل الكرخة، وهي مثل الصرناي، إلا أن في أسفل القصبة قطعة نحاس معوجة يُزمَّر بها في أعراس البوادي وغيرها، وتشمل الناي وهو: أطرب من الأولين، وتشمل المقرونة: وهما قصبتان ملتقيتان، وقيل: إن أول من اتخذ المزامير بنو إسرائيل.

وقول المصنف وغيره مزمار عراقي يحتمل أن يكون المراد به التعريف، والظاهر أنه احتراز من النزاع فإنه مختلف فيه.

قال: **(لَا يَرَاعٍ فِي الْأَصَحِّ)** هذا ما جعله الرَّافِعِي أقرب في «شرحه الكبير» وصحَّحه في «شرحه الصغير» معاً للغزالي وهو شاذ، ولم أر للغزالي سلفًا في ترجيحه، ووجه بأنه ينشط على السير فأشبه الحذاء.

قال: **(قُلْت: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ)** أي: كسائر المزامير وصححه الْبَغَوِي وصاحب «الْكَافِي» قال: لأنه من جنس المزامير، وعن الشيخ أبي علي: إنه القياس، وبه جزم ابن أبي عصرون وهو المذهب، وقضية كلام العراقيين وغيرهم إذ عباراتهم: الأصوات المكتسبة بالآلات ثلاثة أضرب،

....

وعدّوا منها المزامير، واستدلوا على تحريمها بحديث الراعي المشهور، وقد بسطت الكلام عليه في «الْغَنِيَّة»، وأحسن في «الذَّخَائِر» فنقل عن الأصحاب تحريم المزامير مطلقًا.

ثم قال: وقال الغزالي: يحرم المزمار العراقي الذي يضرب به مع الأوتار وفيما سواه وجهان، وأمَّا العراقيون فحرَّموا المزامير كلها من غير تفصيل فإذن المذهب الذي عليه الجماهير تحريم الْيَرَاع وهو الشَّبَّابَة.

وقَدْ أَطْنَبَ الإمام الدَّوْلَعِي خَطِيب الشَّام ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ في دلائل تحريمه وتقريرها كما رأيته بخطه في «مصنفه» قال: والعجب كل العجب ممن هو من أهل العلم يزعم أن الشَّبَّابَة حلال، ويحكيه وجهًا لا مستند له إلا خيال، ولا أصل له، وينسبه إلى مذهب الشَّافِعِي، ومعاذ الله أن يكون ذلك مذهبًا له، أو لأحد من أصحابه الذين يقع عليهم التعويل في علم مذهبه، والانتماء إليه، وقد علم من غير شك أن الشَّافِعِي حرَّم سائر أنواع الزمر، والشَّبَّابَة من جملة الزمر وأحد أنواعه، بل هي أحق بالتحريم من غيرها؛ لما فيها من التأثير فوق ما في ناي وصرناي، وما حرَّمت هذه الأشياء لأسمائها وألقابها؛ بل لما فيها من الصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، ومفارقة التقوى، والميل إلى الهوى، والانغماس في المعاصي، وأطال النَفَس في تقرير التحريم، وإنه الذي درج عليه الأصحاب من لدن الشَّافِعِي وإلى آخر وقت من المصريين، والبغداديين، والخراسانيين، والشاميين، ومن سكن الجبال، والحجاز، وما وراء النهر، واليمن، كلهم يستدل بقصة ابن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - يعني حديث زمارة الراعي، وأحسبه عرض في صدر كلامه بالغزالي فإنه من معاصريه.

وقال الإمام جمال الإسلام ابن البرزي في «فتاويه»: الشَّبَّابَة زمر لا محالة، حرام بالنص، والمشهور تحريمها، ويجب إنكارها، ويحرم استماعها، ولم يقل العلماء المتقدمون ولا أحد منهم بحلِها، وجواز استماعها، ومن ذهب إلى حلِها وسماعها فهو مخطئ، انتهى.

وفي المسألة وجه ثالث قاله المَاوَرْدِي: إنها في الأمصار مكروهة، مباحة

....

في الأسفار؛ لأنها في الأمصار مستعملة في السُّخْف، وفي الأسفار والمرعى تستعمل للحث على السير وجمع البهائم إذا سرحت، انتهى.

قلت: إن كان يصفر فيها كالأطفال والرعاة على غير قانون، بل صفة مجرد على نمط واحد فقريب، وإن كان المسافر والراعي يصفر بها على القانون المعروف من الإطراب فهي حرام مطلقًا، بل هي أجدر بالتحريم من سائر المزامير المتفق على تحريمها؛ لأنها أشد طلبًا وهي شعار الشربة وأهل الفسوق.

قال بعض أهل هذه الصناعة: الشَّبَّابَة آلة كاملة وافية بجميع النغمات، وقال آخرون: تنقص قيراطًا.

قال أبو العباس القرطبي: هي من المزامير، وكل ما لأجله حرمت المزامير موجود فيها، وزيادة فيكون أولى بالتحريم، وما قاله حق واضح، والمنازعة فيه مكابرة، وقد اختلف الحُفَّاظ في حديث نافع ابن عمر سمعت صوت زمارة راع فجعل إصبعيه في أذنيه وعدل عن الطريق وجعل يقول: يا نافع أتسمع؟ فأقول: نعم.

قلت: لأرجع إلى الطريق، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله يفعله، قال أبو داود: إنه حديث منكر، وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» وسُئل عنه الحافظ محمد بن ناصر السلامي، فقال: حديث صحيح.

قال: وكان ابن عمر بالغًا إذ ذاك عمره سبع عشرة سنة، قال: وهذا من الشارع ليُعرِّف أمته أن استماع الزمارة والشَّبَّابَة وما يقوم مقامها محرَّم عليهم استماعه، ورخَّص لابن عمر؛ لأنها حال ضرورة ولم يكن إلا ذلك، وقد يباح المحظور للضرورة، ومن رخَّص في ذلك فهو مخالف للسنة، انتهى.

وبهذا الحديث استدل أصحابنا على تحريم المزامير، وعليه بنوا التحريم في المسألة، واستدل به من أباح الشَّبَّابَة تمسكًا بأنه لم يأمر ابن عمر بسد أذنيه ولا نهى الراعي، فدَلَّ على أنه إنما فعله تنزيهًا، أو أنه كان في حال ذكر أو فكر، وكان السماع يشغله فسد أذنيه لذلك، وأجيب عن هذا بأمور:

....

منها: إن تلك الزمارة لم تكن مما يتخذه أهل هذا الفن الذي هو محل النزاع من الشبابات التي يتقنونها، وتحتها أنواع كلها مطرب، ومعلوم أن زمر الراعي في قصبته ليس كزمر من جعله صنعة وتأنق فيه.

ومنها: إنه ربما لم يره، وإنما سمع صوت ولم ير شخصه، أو لعلَّه كان على رأس جبل أو مكان لا يمكن الوصول إليه، أو لعلَّ الراعي لم يكن مكلفًا فلم يتعين الإنكار عليه أو غيره، نقله السيوطي عن شرح «سنن» أبي داود، وفي طرائقه التي اخترعوا فيها نغمات تحرك إلى الشهوات.

ومنها: إنه ﷺ إنما لم يأمر ابن عمر بسد أذنيه؛ لأنه تقرر عندهم أن أفعاله حجة كأقواله، فحين فعل ذلك بادر ابن عمر إلى التأسي به، وكيف يظن به أنه ترك التأسي وهو من أشد الصحابة تأسيًا.

قال الدَّوْلَعِي: هذا لا يخطر ببال محصل قط عرف قدر الصحابة، واطَّلع على سبيلهم، قال: ومعنى قوله ﷺ: يا عبد الله هل تسمع؟ معناه: تسمع هل تسمع؟ وإنما أسقط تسمع لدلالة الكلام عليه؛ إذ من وضع إصبعيه في أذنيه لا يسمع، وإنما أذن له في هذا القدر لموضع الحاجة.

ومنها: إن الاستماع هو الممنوع لا مجرد السماع اتفاقًا لا عن قصد وإصغاء، وقد صرَّح أصحابنا بأنه لو كان في جواره شيء من الملاهي المحرَّمة ولا يمكنه إزالتها لا يلزمه النقلة، ولا يأثم بسماعها لا عن قصد، وصرَّحوا هاهنا بأنه إنما يأثم بالاستماع لا بالسماع، وأجيب عن ترك الإنكار على الراعي بأمور واضحة لا نطيل بذكرها.

وقول من قال: قوله: زمارة راع، لا يتعين أنها الشَّبَّابَة، فإن الرعاة يضربون بالشعيبيَّة، توهم أن ما يسمى شعيبيَّة مباح مفروغ منه، وهذا لم أره لأحد، وهي عبارة عن قضبان عدة صغار تحضر صفًا وتقرض رؤوسها، يتعاطها بعض المجان، ولها أطراب بحسب حذق متعاطيها، وهي شبَّابَة أو مزمار لا محالة. والله أعلم.

وَيَجُوزُ دُفٌّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٌ، ....

قال: (**وَيَجُوزُ دُفٌّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٌ**) أمَّا جوازه في العرس فثابت في «الصحيح» من حديث الربيع بنت معوذ، وترحم عليه البخاري باب الضرب بالدف في النكاح أو الوليمة، وصحح ابن حبان وجماعة حديث: «**فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحلَالِ وَالْحرَامِ الصَّوْتُ وَضَرْبُ الدُّفِّ**»(١) وحسَّنه الترمذي، وألزم الدارقطني مسلمًا إخراجه.

وعلى ذكر العرس اقتصر جماعة، وجزم في «الشامل» وغيره من كتب العراقيين بإباحته في العرس وكراهته في غيره، وألحق آخرون به الختان، وروي عن عمر رضي الله عنه ما يدل عليه.

وفي «الإحياء»: يباح في العرس، والعيد، وقدوم الغائب، وكل سرور حادث، وقال المَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا هل ضرب الدف على النكاح عام في جميع البلدان والأزمان؟ فقال: بعضهم: نعم؛ لإطلاق الحديث، وخصَّ به بعضهم بعض البلدان التي لا يتناكره أهلها في المناكح؛ كالقرى والبوادي، ويكره في غيرها.

قال: وفي مثل زماننا؛ لأنه عدل به إلى السُخف والسفاهة، وهذا حسن غريب، وينبغي أن يكون المكروه المعدول به إلى ما ذكر لا أصل الضرب لعموم الأحاديث.

واعلم أن ظاهر كلام المصنف والجمهور الإباحة المجردة في العرس ونحوه، وقد يُفهم قوله: يجوز الترخيص، وإن تركه أفضل، ويعضده رواية

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤١٨، رقم ١٥٤٨٩)، والترمذي (٣/ ٣٩٨، رقم ١٠٨٨) وقال: حسن. والنسائي (٦/ ١٢٧، رقم ٣٣٦٩)، وابن ماجه (١/ ٦١١، رقم ١٨٩٦)، والطبراني (١٩/ ٢٤٢، رقم ٥٢)، والحاكم (٢/ ٢٠١، رقم ٢٧٥٠) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٧/ ٢٨٩، رقم ١٤٤٧١)، وسعيد بن منصور (١/ ٢٠٢، رقم ٦٢٩) وأورده ابن حبان في المجروحين (٣/ ١١٣، ترجمة ١١٩٧ يحيى بن أبي سليم أبو بلج الفزاري) وقال: كان ممن يخطئ لم يفحش خطؤه حتى استحق الترك ولا أتى منه ما لا ينفك البشر عنه فيسلك به مسلك العدول فأرى ألا يحتج بما انفرد من الرواية وهو ممن أستخير الله فيه. والديلمي (٣/ ١٤٣، رقم ٤٣٨٣).

وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَاجِلُ.

الدارقطني وغيره عن عامر بن سعد أنه دخل على أبي مسعود الأنصاري وغيره، وجواز تعيين بدفوف لهن، فقلت: أيفعلون هذا وأنتم أصحاب محمد؟ فقالوا نعم، رُخصَّ لنا في ذلك، قال: الحاكم وغيره: وهو على شرطهما.

وقال بعض أصحابنا المتأخرين: هو مستحب في العرس والوليمة، يعني وليمة العرس.

وفي «شرح السنة» للبغوي: إن إعلان النكاح وضرب الدف فيه مستحب، وحديث فصل ما بين الحلال والحرام السابق يقتضي تأكده، وكذا غيره من صيغ الأمر الواردة في الأحاديث، نعم؛ يتعين أن يكون محل ندبه إذا ضرب النساء والجواري بالدفوف الخالية عن الصنوج ونحوها، ولا يصنع بل يكون ضربًا بالكف كما يضرب الطبل ونحوه، وسنذكر ما قيل في ذلك ومن يتعاطاه.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَاجِلُ**) أي: لإطلاق الأخبار.

وعبارة «المحرر»: وأقرب الوجهين، فيحتمل أن يزيد المصنف بقوله: وكذا غير العرس والختان من أنواع السرور الحادث؛ كقوم الحجيج والغزاة، وشفاء المريض، والولادة ونحوها، وهو الأشبه، ويحتمل أن يريد به الإباحة مطلقًا.

وعبارة الرَّافِعِي: وأمَّا غير الأملاك والختان ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما إطلاق القول بأنه حرام، ويدل عليه أثر عمر، يعني: ما روي أنه كان إذا سمع صوتًا أنكره، فإن كان عرسًا أو ختانًا أقرَّه، كذا رواه ابن أبي شيبة، وذكر الرَّافِعِي وغيره: إنه كان إذا سمع الدف بعث فإن كان في النكاح والختان سكت، وإن كان في غيرهما عمد بالدرة، قال: ومنهم من أطلق حله، وعليه جرى الإمام والغزالي وذكر الاحتجاج بحديث الناذرة، وقوله ﷺ: «**أَوْفِي بِنَذْرِكِ**»(١) قال: وأيضًا فقد يراد إظهار السرور لسائر الأسباب الحادثة، كما يراد للأملاك، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣١٤) والبيهقي (٢/ ١٤٥).

....

وهذا منه ظاهر في إرادة إلحاق غير العرس والختان من أسباب السرور بهما لا الإباحة مطلقًا، لكن كلام «الْبَسِيط» ظاهر في الإباحة مطلقًا، حيث لا جلاجل فيه، وادَّعى الوفاق عليه، وليس كذلك، بل ظاهر كلام العراقيين إباحته في العرس، وبعضهم أو أكثرهم يزيد: والختان، وتحريمه في غيرهما.

قال في «البيان»: يجوز ضربه في العرس والختان، ولا يجوز ضربه في غيرهما.

ومن أصحابنا من قال: إن صحَّ ـ يعني حديث الناذرة ـ دلَّ على أنه لا يكره ضربه في جميع الأحوال، والمشهور الأول، ونسبه في «الذَّخَائِر» إلى العراقيين.

وقال في «الانتصار» بعد جزمه بالمنع لغير العرس والختان.

وقال بعض أصحابنا: إن صحَّ الحديث جاز ضربه في كل حال، وينبغي إن صحَّ الحديث دلَّ على جوازه في كل مسرة تشبه المسرة بقدومه ﷺ، وقال الإمام الدَّوْلَعِي: حرَّم الشَّافِعِي الدف في غير العرس والختان.

قلت: وحسن أن يلحق بالعرس والختان كل حادث سرور له وقع دون الإباحة مطلقًا؛ إذ لا دليل عليها، والاستدلال لها بلعب الجواري بهن ضعيف؛ لأنه يغتفر لهن لا يغتفر لغيرهن.

ومن مصائب محمد بن طاهر المقدسي وفضائحه قوله في كتابه في السماع: وأمَّا ضرب الدف فأقول: إنه سنة رسول الله ﷺ وقد قال: «**فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي**»(١) انتهى.

فجعل اللهو بالدف والضرب به من السنة الشريفة، وحثَّ عليه بقوله، وقد قال: كذا، ولا حول ولا قوة إلا بالله مع علمه بقول الصديق للجواري بحضرة

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٢٤١، رقم ١٣٥٥٨)، وعبد بن حميد (ص ٣٩٢، رقم ١٣١٨)، والبخاري (٥/ ١٩٤٩، رقم ٤٧٧٦)، ومسلم (٢/ ١٠٢٠، رقم ١٤٠١)، والنسائي (٦/ ٦٠، رقم ٣٢١٧)، وابن حبان (١/ ١٩٠، رقم ١٤).

....

رسول الله ﷺ «**أَمَزَامِيرُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ الله ﷺ**»(١) ولم ينكر عليه هذه التسمية، نعوذ بالله من اتباع الهوى.

تَنْبِيهَاتٌ: **قوله**: وإن كان فيه جلاجل، يشير إلى وجه ثالث مفصَّل.

قال الرَّافِعِي: وحيث قلنا بالحل؛ فذلك إذا لم يكن فيه جلاجل، وإن كان فوجهان: أشبههما: الحل أيضًا، وهو الجواب في «الوجيز» و«الإحياء» انتهى.

ولم أر في كتب المذهب ذكر الخلاف في الجلاجل إلا في كلام الغزالي، وأرسل في «الْبَسِيط» و«الوسيط» هذين الوجهين بلا ترجيح تبعًا «للنهاية»، ولم يبينا ما هذه الجلاجل، فإن أريد بها ما يعتاده العرب وأهل القرى وبعض متفقدة الأمصار، وهو الظاهر من وضع حلق حديد داخل الطار شبه السلاسل فقريب، وإن أريد به ما يصنعه أهل الفسق وأعوان شربة الخمور من الصنوج اللطاف التي توضع في خروق يفتح لها في جوانب الدف الصغير فممنوع؛ لأنها أشد إطرابًا وتهجيًا من كثيرين من الملاهي المتفق على تحريمها، وتحريم الصفاقتين والكوبة ونحوهما، وإباحة هذه محال، لا يقال: إنما حرمت تلك لأنها شعار المخنثين؛ لأنَّا نقول: وهذه شعار العواهر ونحوهن من فسقة الرجال ومخنثيهم.

وسبق عن الحكم أن الصنج الذي يكون في الدف عربي، فدخل في إطلاق الأصحاب تحريم الصنوج، بل هذه أولى بالخطر من الصنج الكبير ولا غيره.

يقول صاحب «الْحَاوِي الصغير»: ويدق بصنج، لأن من ذكر المسألة إنما قال: جلاجل.

ومنها: ظاهر إطلاقهم أنه حيث جاز ضرب الدف لا فرق فيه بين هيئةٍ وهيئة، وقال القاضي الإمام أبو علي الفارقي في «فوائده»: إنما يباح الدف الذي تضرب به العرب من غير زمن، فأمَّا الدف الذي يزفن به وينقر ـ أي: برؤوس الأنامل ونحوها ـ على نوع الإيقاع فلا يحل الضرب به؛ لأنه أبلغ في

---

(١) رواه البخاري (٩٥٢)، ومسلم (٢٠٩٨).

....

الإطراب من الطبل، أي: طبل اللهو الذي جزم العراقيون بتحريمه، وتابعه صاحبه ابن أبي عصرون عليه، وهو حسن، فإنه إنما يتعاطاه على هذا الوجه من ذكرناه.

ومنها: حكى الإمام البيهقي في «شعب الإيمان» له عن الإمام الْحَلِيمِي، ولم يخالفه أنَّا إذا أبحنا الدف فإنما يجوز تعاطيه للنساء خاصة، ووقفت على كلام الْحَلِيمِي في «منهاجه» فقال في باب حفظ اللسان: وضرب الدف لا يحل إلا للنساء؛ لأنه في الأصل من أعمالهن، ولعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، انتهى.

ونازعه عصري بأن الجمهور لم يفرقوا، قال: وفرق الْحَلِيمِي ضعيف، والأصل اشتراك الذكور والإناث في الأحكام إلا ما ورد الشرع فيه بالفرق، ولم يرد هنا، وليس ذلك مما يختص بالنساء حتى يقال: يحرم على الرجال التشبه بهن فبقي على العموم، وقد جاء: «**أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ**»[1] فلو صحَّ لكان فيه حجة؛ لأن «اضربوا» خطاب للذكور، لكنه ضعيف، انتهى.

ويشهد للحليمي أنه لم يحفظ عن أحد من السلف الصالح أنه ضرب به، والأحاديث والآثار إنما وردت في ضرب النساء والجواري، فقد يكون سكوت الجمهور عن بيانه لدلالة الأخبار على أنه في العادة من أعمال النساء.

وفي «مغني» الموفق الحنبلي: أمَّا الضرب للرجال فمكروه على كل حال؛ لأنه إنما كان تضرب به النساء والمخنثون المتشبهون بهن، ففي ضرب الرجال تشبه بالنساء، انتهى.

وظاهر كلامه: إرادة كراهة التحريم، ثم قال في آخر الفصل: ومذهب

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٨، رقم ١٠٨٩) وقال: غريب حسن. والديلمي (١/ ١٠١، رقم ٣٣٥)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٢٧ رقم ١٠٣٤) وقال: ضعيف جدًا. وقال الحافظ في الفتح (٩/ ٢٢٦): سنده ضعيف.

....

الشَّافِعِي في هذا الفصل كما قلنا.

ومنها: قيل: إذا قصرنا إباحته على العرس والختان ـ كما هو قضية كلام الجمهور ـ فمتى يجوز؟ وإلى متى؟ قلت: لم أر فيه تصريحًا، بل بعضهم يقول في الأملاك، وبعضهم يقول في العرس والأملاك، والمعهود عرفًا وقت العقد والعرس وقت الزفاف وبعده بقليل.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: ضرب الدف في النكاح جائز وقت العقد، والزفاف قريبًا منه من قبل ومن بعد، ويجوز الرجوع فيه إلى العادة، وحديث الربيع دال على جواز فعله بعد الزفاف، ويحتمل أن يضبط بأيام الزفاف التي تؤثر بها العروس.

وأمَّا الختان فالمرجع فيه إلى العرف، ويحتمل أن يجوز في حين الأخذ في أسبابه القريبة منه.

ومنها: في «فتاوى» أبي عمرو بن الصلاح: إن الدف والشَّبَّابَة إذا اجتمعا حرام عند أئمة المذهب، ولم يثبت عن أحد من يعتد بقوله في الإجماع والاختلاف أنه أباح هذا السماع، والخلاف المنقول عن بعض أصحاب الشَّافِعِي إنما نقل في الشَّبَّابَة منفردة والدف منفردًا، فمن لا يحصل ولا يتأمل ربما اعتقد خلافًا بين الشافعيين في هذا السماع الجامع لهذه الملاهي، وهذا وهم من الصائر إليه، إلى أن قال: وهذا السماع حرام بإجماع أهل الحل والعقد من المسلمين، وتوزع فيما ذكره، وكأنه عرض بابن عبد السلام، فإنه حكى خلافًا بين العلماء في السماع بالدف والشَّبَّابَة، وحكى الخلاف في اجتماعهما ابن المنير المالكي في فتوى له.

وفي الإنكار على ابن الصلاح بالنسبة إلى مذهبنا نظر؛ إذ لا يلزم من ثبوته في حالة الانفراد ثبوته في حالة الاجتماع، إلى أن يثبت من أباح الدف بانفراده من أصحاب الوجوه يقول بإباحة الشَّبَّابَة بانفرادها، وهيهات على أن ذلك ليس بلازم؛ إذ قد يجوز على الانفراد ويمنع من الاجتماع لشدة الاضطراب وغيره

وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ، وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ.

المتولد من الهيئة الاجتماعية، وأمَّا الخلاف عن العلماء فالبيان في ثبوته عن أحد من الأعلام السالفين، بل من اعتبر سير الصحابة والتابعين وتابعيهم يعلم يقينًا أن أحدًا منهم لم يجمع بينهما، ولا صح عنه قولًا ولا فعلًا.

ومنها: الدف بضم الدال وفتحها لغتان، وعلى الضم اقتصر المصنف، قال ابن دسترويه: هو مضموم في لغة الحجاز، ومفتوح في سائر اللغات، وفي «شرح السنة» للبغوي عن أبي عبيد أنه زعم بعض الناس أن الدف لغة؛ يعني بالضم، فأمَّا الحديث بالدف بالفتح لا اختلاف فيه، ثم المراد بالدف الدائر المفتوح شبه الغربال، وسُمي في الحديث به، أمَّا المغلوق فيسمى: مزهرًا عند الفقهاء، والمعروف في اللغة أن المزهر: العود.

قال: (**وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ**) أي: بضم الكاف وإسكان الواو.

(**وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ**) اعلم أنه جاء في تحريمها أحاديث عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قال: «**إِنَّ اللهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْخمرَ وَالْميسِرَ وَالْكُوبَةَ**» رواه الإمام أحمد وأبو داود وصححه ابن حبان، وفي رواية لأحمد: «**إِنَّ اللهَ حَرَّمَ عَلَى أُمَّتِي الْخمرَ وَالْميسِرَ وَالْقِنِّينَ وَالْكُوبَةَ**»(١).

قال الرَّافِعِي تبعًا للغزالي: ولا يحرم ضرب الطبول إلا الطبل الذي يسمى الكوبة، قال الإمام: ليس فيه من جهة المعنى ما يميزه من سائر الطبول، إلا أن المخنثين يعتادون ضربه ويتولعون به، فإن صحَّ حديث علمنا به قال: والطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار فهي كالدف، وليست كالكوبة بحال، انتهى.

وهذا من فقه الإمام، وتبعه الغزالي.

قال في «الذَّخَائِر»: وأمَّا العراقيون فحرَّموا الطبول كلها من غير تفصيل،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣١، رقم ٣٦٩٦)، والبيهقي (١٠/ ٢٢١، رقم ٢٠٧٧٩) وأحمد (١/ ٢٧٤، رقم ٢٤٧٦)، وأبو يعلى (٥/ ١١٤، رقم ٢٧٢٩)، وابن حبان (١٢/ ١٨٧، رقم ٥٣٦٥).

لَا الرَّقْصُ ....

وهو كما قال، إلا أنهم أرادوا الطبول اللهو، كما صرَّح به غير واحد، وممن أطلق تحريم الطبول التي يلهى بها الْعِمْرَانِي والْبَغَوِي وصاحب «الانتصار» وهو المحكي عن الشيخ أبي حامد، وقضية ما في «الْحَاوِي» و«المقنع» وغيرهما.

وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: أمَّا ضرب الطبول فإن كان طبل لهو فلا يجوز، واستثنى الْحَلِيمِي من الطبول طبل الحرب والعيد، وأطلق تحريم سائر الطبول، وخصَّ ما استثناه في العيد بالرجال خاصة، وطبل الحجيج مباح كطبل الحرب، وعدَّه جماعة من العراقيين من المحرمات.

قال الْحَلِيمِي: وجاء في الحديث النهي عن الخمر والميسر والكوبة، والغبيراء وكل مسكر، قال: وفيه ذكر الكفارات أيضًا، قال: ويقال: إنها العيدان، ويقال: الدفوف، انتهى.

تَنْبِيهٌ: ما فسر به الكوبة ذكره الإمام والغزالي، قال الجوهري: الكوبة: الطبل الصغير المحصر، وبهذا فسَّرها عبد اللطيف بن يوسف البغدادي المشهور في كتابه «التجريد في لغة الحديث» ثم قال: الْكُوبَةُ: النَّرْدُ، وَقِيلَ: الْبَرْبَطُ.

وقال المجد بن تيمية في «أحكامه»: الكوبة: الطبل، قاله سفيان عن علي ابن نديمة.

وقال ابن فارس: الكوبة الطبل على ما قيل، ويقال: النرد.

وقال الخطابي: غلط من قال: الكوبة الطبل، بل هي النرد، وكذا قاله غيره، وكلام عبد اللطيف يقتضي إطلاقها عليهما، وعلى تفسيرها بالطبل اقتصر الْمَاوَرْدِي، وهو مراد الفقهاء.

وقال صاحب «التنقيب»: الصحيح أن الكوبة: طبل ضيق الوسط واسع الطرفين كان يلعب به شباب قريش بين الصفا والمروة، وقال الشيخ: هو الطبل، وقال محمد بن كثير هو النرد بلغة أهل اليمن، انتهى.

قال: **(لَا الرَّقْصُ)** أي: فلا يحرم، واستدل له بزفن الحبشة في المسجد وهو في «الصحيحين»، والزفن وفي دلالته نظر، واستدل بغيره مما لا يثبت،

إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكَسُّرٌ كَفِعْلِ الْمُخَنِّثِ.

قيل: ولأنه مجرد حركات على استقامة أو اعوجاج.

وقال الْقَفَّال: يكره الرقص، وعن الأستاذ أبي منصور أن تكلّفه على الإيقاع مكروه، وعن إشارة القاضي الحسين في «التعليق» والغزالي في «الإحياء» التفرقة بين أرباب الأحوال الذين يقومون بوجد، فيجوز ويكره لغيرهم، وصرَّح به الأستاذ أبو منصور.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: وأمَّا الرقص فإن كان شيخ يغلبه وجد فتحرك لا بأس به، والذي يرقص لشيء من عند الله شوقًا فطربًا لا يقدح ذلك في شهادتهم.

قال القاضي: هؤلاء الشباب الذين يرقصون، ويقصدون تسوية الرقص على ضرب القصب ترد به شهادتهم.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكَسُّرٌ كَفِعْلِ الْمخَنِّثِ**) أي: فيحرم عن الرجال والنساء، كذا حكاه الرَّافِعِي عن الْحَلِيمِي، فقال: قال الْحَلِيمِي: الرقص الذي فيه تكسر وتثن يشبه أفعال المخنثين حرام على الرجال والنساء، انتهى.

وثبت القول به في «شرحه الصغير» و«المحرر» وعن الشيخ أبي علي الكراهة فقط، والذي رأيته في «منهاج» الْحَلِيمِي: وأمَّا الرقص فإن لم يكن فيه تكسر ولا تخنث، فلا بأس به، ولم يزد على ذلك، فلعلَّه صرَّح به في باب آخر، وأمَّا كلامه هذا فليس فيه تصريح بتحريم ولا يذكر النساء.

وفي «التَّرْغِيب»: أمَّا الرفض إذا اتخذه حرفة أو قصد به تسوية الإقدام على الإيقاع ترد به الشهادة وكذا المداومة عليه، انتهى.

وما أحسن قول صاحب «القواعد» أمَّا الرقص والتصفيق فخفة ورعونة مشبهة لرعونة الإناث لا يفعلهما إلا أرعن أو متصنع جاهل ويدل على جهالة فاعليها، إن الشريعة لم ترد بهما في كتاب ولا سنة ولا فعل ذلك أحد من الأنبياء ولا معتبر من أتباع الأنبياء وإنما يفعله الجهلة السفهاء الذين التبست عليهم الحقائق بالأهواء، وقد حرَّم بعض العلماء التصفيق على الرجال لقوله ﷺ: «**إِنَّمَا**

وَيُبَاحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ ....

التَّصْفِيقُ لِلنِّسَاءِ»[١] انتهى.

وكلام الْحَلِيمِي يقتضي تحريمه على الرجال حيث قال: يكره للرجال فإنه مما يختص به النساء، وقد منعوا من التشبه بهن كما منعوا من لبس المزعفر لذلك.

تَنْبِيهٌ: المخنث ـ بكسر النون وفتحها والكسر أفصح والفتح أشهر ـ وهو الذي خلقه خلق النساء في حركاته وهيئاته وكلامه، فإن كان خلقة لا صنع له فيه فلا إثم عليه ولا ذم؛ إذ لا فعل له ولا كسب، وإن كان يتكلفه ويتطبع به فهو الآثم الذي صحَّت الأحاديث بلعنه، وسبق عن النص وغيره نفي المخنثين، وسُمي مخنثًا لانكسار كلامه ولينه.

قال: (**وَيُبَاحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ**) أي: في الجملة وهو إجماع، وقد كان له ﷺ شعراء يصغي إليهم منهم: حسان بن ثابت وعبد الله بن رواحة، وكعب ابن مالك «**واستنشد من شعر أمية ابن أبي الصلت مائة بيت**»[٢] رواه مسلم، وقاله وأنشده واستنشده خلائق من الصحابة والتابعين.

قال الأصمعي: وإنه شعر الهذلي علي محمد بن إدريس ـ يعني الشَّافِعِي ـ وفي حفظ دواوين العرب أبلغ معونة على معرفة الكتاب والسنة.

وفي «صحيح» البخاري من حديث أبي بن كعب «**إِنَّ مِنَ الشِّعْرِ لَحِكْمَةً**»[٣].

وفي الحديث المرفوع «**الشِّعْرُ كَلَامٌ حُسْنه كَحُسْن الكَلَام وَقُبْحُهُ كَقُبِيحه**»[٤]

---

(١) أخرجه مالك (١/ ١٦٣، رقم ٣٩٠)، والشافعي (١/ ٥٤)، وأحمد (٥/ ٣٣٨، رقم ٢٢٩١٤)، والبخاري (١/ ٢٤٢، رقم ٦٥٢)، ومسلم (١/ ٣١٦، رقم ٤٢١)، وأبو داود (١/ ٢٤٧، رقم ٩٤٠)، والنسائي (١/ ٢٨٠، رقم ٨٥٩).

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٦٧، رقم ٢٢٥٥).

(٣) أخرجه الطيالسي (ص ٣٤٨، رقم ٢٦٧٠)، وأحمد (١/ ٣٠٣، رقم ٢٧٦١)، وأبو داود (٤/ ٣٠٣، رقم ٥٠١١)، والطبراني (١١/ ٢٨٧، رقم ١١٧٥٨) وأبو يعلى (٤/ ٢٢٠، رقم ٢٣٣٢)، وابن حبان (١٣/ ٩٦، رقم ٥٧٨٠).

(٤) حديث عائشة: أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٣٩، رقم ٢٠٩٠٢). وأبو يعلى (٨/ ٢٠٠، رقم=

إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ ....

رواه الشَّافِعِي مرسلًا، قال البيهقي: وهو الصحيح، وقد أشبعت الكلام عليه في «الْغَنِيَّة» لمعنى أوجب ذلك تعرفه بالوقوف عليه.

وما أحسن قول المَاوَرْدِي: الشعر في حكم الكلام مستحب ومباح ومحظور، والمستحب: ما حذَّر من الآخرة، أو حثَّ على مكارم الأخلاق، والمباح: ما سلم من فحش أو كذب، والمحظور نوعان: كذب، وفحش، وهما جرح في قائله، وأمَّا منشده فإن حكاه اضطرارًا لم يكن جرحًا، أو اختيارًا كان جرحًا.

قال: **(إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ)** أي: فيحرم صدق أم كذب، وترد شهادته، وليس إثم حاكيه كإثم منشئه، ويشبه أن يكون التعريض هجوًا كالتصريح.

وقال ابْن كَجٍّ: ليس التعريض هجوًا، كذا قاله في «الرَّوْضَة»، وجزم به في «الشرح الصغير» ولفظه: وإن هجا الشاعر في شعره بما هو صادق أو كاذب فيه تصريحًا أو تعريضًا رُدت شهادته.

قلت: قوله: وليس آثم حاكي الهجو.. إلى آخره صحيح إذا استويا، أمَّا لو أنشأه ولم يذعه، فأذاعه الحاكي فإثمه أشد بلا شك، وإطلاق القول برد الشهادة بمطلق الهجو بعيد؛ إذ النظم كالنثر، وعبارة الدَّارِمِي: وإن لم يمدح - يعني الشاعر - بالكذب ولم يذم به إلا يسيرًا، أو شبب بغير معين قبلت،

= ٤٧٦٠)، والدارقطني (٤/ ١٥٥). وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية (١/ ١٣٧، رقم ١٩٨) وقال: قال الدارقطني: تفرد به حسان. قال ابن حبان: لا يحل الاحتجاج به بحال.
حديث ابن عمرو: أخرجه البخاري في الأدب المفرد (١/ ٢٩٩، رقم ٨٦٥)، والطبراني في الأوسط (٧/ ٣٥٠، رقم ٧٦٩٦) قال الهيثمي (٨/ ١٢٢): إسناده حسن. وابن الجوزي في العلل المتناهية (١/ ١٣٧، رقم ١٩٩) وقال فيه عبد الرحمن بن زياد قال أحمد: ليس بشيء. وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات ويدلس. قال الحافظ في الفتح (١٠/ ٥٣٩): أخرجه البخاري في الأدب المفرد من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعًا وسنده ضعيف وأخرجه الطبراني في الأوسط وقد اشتهر هذا الكلام عن الشافعي.
حديث عروة المرسل: أخرجه الشافعي (١/ ٣٦٦)، والبيهقي (٥/ ٦٨، رقم ٨٩٦٣) وقال: هذا منقطع.

أَوْ يُفْحِشَ، أَوْ يُعَرِّضَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ.

وأصله قول الشَّافِعِي في «الأم»: ومن أكثر الوقيعة في الناس على الغضب أو الحرمان حتى يكون ذلك منه ظاهرًا كثيرًا مستعلنًا كذبًا محضًا رُدت شهادته بالوجهين وبأحدهما لو انفرد به. هذا نصه في باب شهادة الشعراء.

وحينئذ يجب أن يقال: إن أكثر منه أو عرف به أو هجا بما يفسق به؛ لكون التلفظ به كبيرة، رُدَّت شهادته لا محالة، أمَّا لو لم يكثر ولم يعرف به ولا كان التلفظ به كبيرة فلا، اللهم إلا أن يقول الغيبة كبيرة، أو يتضمن ذلك شيئًا مؤذيًا يحفظ عنه كل وقت فيتأذى به المهجو وولده، فهذا محتمل بخلاف النثر، وقضية إطلاق الشيخين: إنه لا فرق بين مهجو ومهجو.

وفي «شافي» الجرجاني: ولا ترد شهادة من ينشد الشعر أو ينشئه، ما لم يكن هجو مسلم أو فحشًا أو كذبًا فاحشًا، ولا ترد شهادة من يهجو الكفار.

وقيَّد في «التحرير» والمحاملي وغيره الهجو بالمسلم، وقال في «البيان»: إن هجا مسلمًا فسق، أو مشركًا فلا بأس، وفي إطلاقه نظر، إذا كان المهجو حيًّا له ذمة أو عهد أو كان ميتًا، ولكن يتأذى به أهله وولده من الذمة أو المسلمين، ولا يقاس هذا بهجو حسان بن ثابت وغيره كفار قريش، والذب عن الله وعن رسوله، فإن ذلك من القُرب، ولا يتأذى به مسلم يحب الله ورسوله، ويحسن أن يقال: الهجو المحرم مطلقًا هجو المسلم، وأمَّا الكافر فلا بل يفصل فيه، وهل يؤثر هجو الفاسق المجاهر بفسقه من المسلمين فيه احتمال، نعم لو هجا مبتدعًا ببدعة تحذيرًا منها، ونحوه من المقاصد الشرعية فالظاهر الجواز.

قال: (**أَوْ يُفْحِشَ، أَوْ يُعَرِّضَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ**) أي: فترد شهادته بذلك؛ لما فيه من الإيذاء والإشهار والقذف إن صرَّح، وإن صدق في أنه فعل كذا فلفسقه بما أخبر به عنه أيضًا، وكذا ترد شهادته لو كان نصف الأعضاء الباطنة: لما فيه من هتك الستر، قاله الرَّافِعِي.

وقال الدَّارِمِي: إذا شبَّب بامرأة بعينها لا تحل له لم يقبل، وإن شبَّب بغير معين قبلت، انتهى.

....

وإذا شبب بزوجته أو جاريته فوجهان: **أحدهما**: تجوز ولا ترد شهادته، قال في «الْبَحْر»: وبه قال عامة الأصحاب، وعلى هذا لا ترد شهادته إذا لم يعين لجواز أن يريد من تحل له.

قال الرَّافِعِي بعد نقله الوجه مطلقًا: ومنهم من قال ترد شهادته إذا كان يذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء؛ لأنه ساقط المروءة، وهذا هو الحق على ما سيأتي في فصل المروءة.

وعبَّر عنه في «الرَّوْضَة» بالصحيح، وبه أجاب الْفُورَانِي في «العمد» لما ذكره، وفيه نظر ودعوى سقوط المروءة بكل ما حقه الإخفاء ممنوع، وعبارة الكتاب وغيره تفهم أن مطلق التشبيب بهما لا يضر، كما نسبه الرُّويَانِي إلى عامة الأصحاب، ويجب القطع بأنه إذا شبَّب بأمته أو زوجته ولم يذكر سوى المحبة والشوق، أو ذكر شيئًا من الأوصاف والتشبيهات الظاهرة.

وكذا إذا سمى امرأة لا يعرف من هي ولم يذكر سوءًا أنه لا يضر أصلًا وقال في «روضة الحكام»: إذا شبَّب بامرأة وذكرها بالفحش فهو فاسق، وإن ذكرها بطولٍ أو قصرٍ فإن عيَّنها وكانت أمته أو امرأته لم يفسق؛ لأنه سفه يسير، وقيل: تُرد شهادته، وإن ذكر أجنبية فسق، وإن ذكر امرأة بغير عينها لم يفسق، وقيل يفسق؛ لأنه بسفه، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في باب شهادة الشعراء من «الأم»: ومن شبَّب بامرأة بعينها ليست مما يحلّ له وطؤها حين شبَّب، فأكثر فيها وشهَّرها بما شبَّب وإن لم يكن زنا، رُدت شهادته، ومن شبَّب بامرأة ولم يسم أحدًا لم تُرد شهادته؛ لأنه يمكن أن يُشبب بامرأته أو جاريته، انتهى.

وقال في «المختصر»: ومن لا يعرف بشتم المسلمين وآذاهم ولا يمدح فيكثر الكذب المحض، ولا يُشبب بامرأة بعينها، ولا ينتهرها بما يشينها فجائز الشهادة، وهذا محمول على نص «الأم» كما فهمه الجمهور.

قال في «الذَّخَائِر»: الانتهار أن يقذفها بنفسه، وإن لم يكن فعل، والانتهار

....

أن يقذفها بنفسه وقد فعل، ويقال: الانتهار في الفرية أن يبالغ فيها، وكذلك في كل شيء باطل، وهكذا قال: الأزهري في كلامه على ألفاظ «المختصر»، ولعلَّ ما سبق عن «الأم» من لفظ: شهَّرها تصحيف كما بينته في «الْغَنِيَّة».

إذا عرفت هذا فالذي يجب القطع به أن تسميته من لا يدر أمن هي، وذكر محاسنها الظاهرة، والشوق والمحبة من غير فحش ولا ريبة لا يقدح فيه ولا يتحقق فيه خلاف، وذلك مثل ما توارد عليه الشعراء من ذكر ليلى، ولبنى، ودعد، وهند، وسعدى، وسلمى، كيف وقد أنشد كعب بن زهير النبي ﷺ:

بانَت سُعادُ فَقَلبي اليَومَ مَتبولُ

الأبيات، وفيها من الاستعارات والأوصاف كل بديع، وهو ﷺ يسمع ولا ينكر شيئًا منها، قال ابن عبد البر: ولا ينكر الحسن من الشعر أحد من أهل العلم ولا من أولي النهى، وليس أحد من كبار الصحابة وأهل العلم وموضع القدرة إلا وقد قال: الشعر، وتمثل به، أو سمعه فرضيه ما كان حكمه، أو مباحًا ولم يكن فيه فحش ولا خبث، ولا لمسلم أذى.

وكان عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود أحد فقهاء للمدينة العشرة، ثم المشيخة السبعة شاعرًا منجدًا، وللزبير بن بكار في إشعاره كتاب، وكانت له زوجة تسمى عثمة، فعتب عليها في بعض الأمر فطلقها، وله فيها أشعار كثيرة منها قوله:

تَغَلغَلَ حُبُّ عَثمَةَ في فُؤادي ... فَباديهِ مَعَ الخافي يَسيرُ
تغلغل حيث لم يبلغ شرابٌ ... ولا حزنٌ ولم يبلغ سرور
أكادُ إذا ذكرت العهد منها ... أطيرُ لو أن إنساناً يطيرُ

وقال ابن شهاب: قلت له: يقول الشعر في نسكك وفضلك، فقال: إن المصدور إذا نفث يراد، وجمع الحافز الطبراني حزوًا في غزل التابعين وتابعيهم، وعن جماعة من الصحابة أنهم سمعوا ذلك ولم ينكروه، وللقاضي شُرَيْح الإمام التابعي في زوجته زينب أشعار، ولعبد الله بن المبارك في جاريته

....

أشعار، قال: قال الطبراني: حدثنا محمد بن حاتم المروزي بن سويد بن نضرٍ قال: اشترى ابن المبارك جارية فأحبها فكتب إليها:

هبَّتِ الريح من الشر ... قِ فجاءتني بريحِك
فتنشَّقتُ نسيم الـ ... ـعيش من طيب نفوحِك
فتوهَّمتُك حتّى ... خلتُني بينَ كشوحِك
كيف أنساكِ وروحي ... صنعت من جنس روحك

وللشافعي ﵁ غزل فهذا وأمثاله من الأئمة مغتفر وإنما يشار به إلى زوجة أو سرية.

تَنْبِيهٌ: قد يفهم من قول المصنف: إلا أن يهجو. . . إلى آخره أنه يحرم على غير الشاعر إنشاد الهجو والنسب المحرم كما يحرم على الشاعر إنشاؤه، وإن الاستثناء عائدٌ إليهما، ولا يمكن حمل هذا على إطلاقه، وقد أحسن الشيخ الموفق حيث قال: ذكر أصحابنا أن التشبيب بامرأة بعينها بالإفراط في وصفها محرَّم، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فصحيح، وأمَّا على راويه فلا يصح، فإن المغازي روي فيها قصائد الكفار الذين هجوا فيها الصحابة، لا ينكر ذلك أحد، وقد روي أنه ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما، إلا قصيدة أمية ابن أبي الصلت الحائية، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير، وقد سمع ﷺ قصيدة كعب بن زهير ولم يزل الناس يرووا أمثال هذا، ولا ينكر، وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلسًا فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس المذكور، فلما دخل النعمان سكَّتوه حيث فيها ذكر أمه، فقال النعمان: دعوه فإنه لم يقل بأسًا، إنما قال:

وَعَمرَةُ مِن سَرَواتِ النِسا ... ءِ تَنفَحُ بِالمِسكِ أَردانُها

وكان عمران بن طلحة في مجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكَّتوه، فقال: دعوه، فإن قائل هذا الشعر كان زوجها، انتهى

....

ولا شك فيما قاله إذا لم يكن فيه فحش ولا أذى لحي ولا ميت من المسلمين، ولم تدع حاجة إليه، وقدم ذم العلماء جريرًا والفرزدق في تهاجيهما، ولم يذموا من استنشد بذلك على إعراب وغيره من علم اللسان، وسيأتي عن الشَّافِعِي ما يُعضده، فيجب حمل كلام الأئمة على غير ذلك مما هو عادة أهل اللعب والبطالة، وعلى أن إنشاد شعر شعراء العصر إذا كان إنشاؤه حرامًا عليهم؛ إذ ليس فيه إلا أذى أو وقيعة في الأحياء، أو إشارة الأحياء في أمواتهم، وذكر مساوئ الأموات وغير ذلك؛ إذ ليس هم ممن يحتج بهم في لغة ولا غيرها، فلم يبق فيه إلا التفكه بالأعراض.

فَرْعٌ: لو شبَّب بغلام وذكر أنه يعشقه، قال الرُّويَانِي: يفسق وإن لم يعين؛ لأن النظر بالشهوة إلى الذكور حرام بكل حال، وفي «تعليق» الْبَغَوِي و«تهذيبه» وغيرهما اعتبار التعيين في الغلام كما في المرأة، وهو أقرب، والأول ضعيف جدًا، وليس في التشبيب ما يدل على النظر بالشهوة ولا تأثيمه بالعشق المذكور، والغالب أن الشاعر بقوله ترقيقًا لشعره وإظهارًا للصنعة لا أنه عاشق حقيقة، فالوجه أنه لا يفسق بمجرد التشبيب لمجهول، ورأيت في «مناقب الشَّافِعِي» للإمام الرازي، وقال الْبُوَيْطِي: قلت للشافعي ذكرت الشعر في الزهد، فهل ذكرت في الغزل؟ فقال:

يا كاحل العين بعد النوم بالسهر ... ما كان كحلك بالمبعوث للبصر
لو أن عيني إليك الدهر ناظرة ... جاءت وفاتي ولم أشبع من النظر
سقيا لدهرٍ ما كان أظنيه ... لولا التفرق والتنغيص بالسفر
إن الرسول الذي يأتي بلا عدة ... مثل السحاب الذي يأتي بلا مطر

لكن هذا ليس بنص بأنه في غلام؛ إذ قد يكون في زوجة أو سرية، وإنما ذكر الألفاظ والله أعلم.

إِشَارَةٌ: ذكرت في «الْغَنِيَّة» هنا فروعًا منثورة مفيدة:

منها: ما لو كان الشاعر يمدح ويطري، فإن أمكن حمله على ضرب مبالغة

وَالْمُرُوءَةُ تَخَلُّقٌ بِخُلُقِ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ، ....

جاز، وإلا كان كذبًا محضًا، فقد بينت كلامهم فيه أكمل بيان بما يطول ذكره.

ومنها: قول الشَّافِعِي متصلًا بما سبق عنه: وإن كان يسل بالشعراء ولا يسل فسواء وفي مثل معنى الشعر في رد الشهادة من خرق أعراض الناس وسألهم أموالهم، فإذا لم يعطوه إياها شتمهم، فأمَّا أهل الرواية للأحاديث التي فيها مكروه على الناس، فيكره ذلك لهم ولا ترد شهادتهم؛ لأن أحدًا قَلَّ ما يسأل من هذا إذا كان من أهل الرواية، فإن كانت تلك الأحاديث نفي نسب رد بذلك شهاداتهم إذا أكثروا روايتها وعمدوا أن يرووها فتحدثوا بها، وإن لم يكثروا، وأمَّا من روي الأحاديث التي ليست بمحض الصدق، ولإثبات الكذب، وإن كان الأغلب أنها كذب فلا ترد الشهادة بها، وكذلك رواية أهل زمانك من الإرجاف وما أشبهه، وكذلك المزاح لا ترد به الشهادة ما لم يخرج من المزح إلى غضة النسب أو غضة بحر أو فاحشة، فإذا خرج إلى هذا وأظهره كان مردود الشهادة هذا نصه بحروفه، وذكرت من كلام الأصحاب جملًا لا يسع جهلها، لا سيما لها على فوائد غزيرة، ومباحث نفيسة في أنواع شتى مما يتعلق بقبول الشهادة وردها من الأقوال والأفعال، والله أعلم.

قال: **(وَالْمُرُوءَةُ تَخَلُّقٌ بِخُلُقِ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ)** لا تقبل شهادة من لا مروءة له؛ لأن طرح المروءة إمَّا لخبل أو نقصان، وإمَّا لقلة مبالاة وحياء، وعلى التقديرين تبطل الثقة بقوله: أمَّا المخبل فظاهر، ومن لا حياء له يصنع ما شاء كما جاء معناه في الحديث، قال الرَّافِعِي: وفي ضبط المروءة عبارات متقاربة قبل صاحبها من يَصُونَ نَفْسَهُ عَنْ الْأَدْنَاسِ، وَلَا يَشِينُهَا عِنْدَ النَّاسِ وقيل: من يحترز عَمَّا يُسْخَرُ مِنْهُ وَيُضْحَكُ بِهِ، وقيل: الذي يسير سير أمثاله في زمانه ومكانه، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: قيل: المروءة في الحرفة كما سيأتي، وقيل: في آداب الدين؛ كالأكل، ومد الرجل بحضرة الناس، والصياح في الحقير، والانتهار للسائل، وقلة فعل الخير مع القدرة عليه، وكثرة الاستهزاء والضحك... ونحو ذلك قال ابن المرزبان: على العرف في جميع ذلك من صنعة ولبس وخلق، انتهى.

فَالْأَكْلُ فِي سُوقٍ، وَالْمَشْيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ، ....

وهذا ما ذكره في «المنهاج» والرافعي أخذ كلامه، وهو أحسن العبارات، وقال المَاوَرْدِي المروءة ثلاثة أضرب:

أحدها: شرط في العدالة، وهو مُجَانَبَةُ مَا سَخُفَ مِنْ الْكَلَامِ الْمؤذِي أَوْ الْمضحِكِ، وَتَرْكُ مَا قَبُحَ مِنَ الفعل الَّذِي يَلْهُو بِهِ أَوْ يُسْتَقْبَحُ لِمَعْرِفَتِهِ أَوْ أَدَائِهِ، فارْتِكَابُهَا مُفْضٍ إِلَى الْفِسْقِ، وَكذَلِكَ نَتْفُ اللِّحْيَةِ مِنَ السَّفَهِ الَّذِي تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ، وَكَذَلِكَ خِضَابها ـ أي بالسواد ـ سفه ترد به الشهادة، لما فيه من تغيير خلق الله.

والثاني: ما ليس بشرط في العدالة، وهو: الْإِفْضَالُ بِالْمالِ وَالطَّعَامِ، وَالْمسَاعَدَةُ بِالنَّفْسِ وَالْجَاهِ.

والثالث: مُخْتَلَفٌ فِيه، وهو صَنَائِع وعَادَاتٌ سيأتي بيانها.

قال: (**فَالْأَكْلُ فِي سُوقٍ**) أي: والشرب من سقايات السوق، إلا أن يكون سوقيًا أو شرب لغلبة عطش، وكذا لو لم يكن سوقيًا، وإنما يأكل حيث يجد لتقلله وبراءته من التكلفات العادية كما سيأتي.

وقال المَاوَرْدِي: وأَمَّا الْعَادَاتُ، فإن يُقْتَدَى فِيهَا بِأَهْلِ الصِّيَانَةِ دُونَ أَهْلِ الْبَذْلَةِ، فِي مَلْبَسِهِ وَمَأْكَلِهِ وَتَصَرُّفِه، أَمَّا الأكلُ فَلَا يَأْكُلُ عَلَى قَوَارِعِ الطُّرُقِ وَلَا فِي مَشْيِهِ، وَلَا يَخْرُجُ عَنِ الْعُرْفِ قبل مَضْغِهِ، وَلَا يُعَانِي بِكَثْرَةِ أَكْلِه.

إِشَارَةٌ: ذكر استثناء الشرب في السوق لغير أهله؛ لغلبة العطش، وسكتًا عن الأكل، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وأمَّا الفقيه إذا أكل أو شرب في السوق تُرد شهادته، إلا إذا أكل أو شرب عند شدة حاجته يكون معذورًا به، بخلاف السوقي الذي يكثر مقامه إذا فعل ذلك في موضع بياعاته بالنهار، انتهى، وكلامه يشعر بأنه لا يفتقر للسوقي مطلقًا فتأمله.

قال: (**وَالْمشيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ**) أي: أو البدن إذا لم يكن ممن يليق به، قاله الرَّافِعِي.

وقال المَاوَرْدِي: ولَا يَتَعَرَّى عَنْ ثِيَابِهِ فِي بَلَدٍ يَلْبَسُ فِيهِ أَهْلُ الصِّيَانَةِ

وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ، وَلُبْس فَقِيهٍ قُبَاءَ وَقَلَنْسُوَةٍ حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشِّطْرَنْجِ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ يُسْقِطُهَا، ....

ثِيَابَهُمْ، وَلَا يَنْزِعُ سَرَاوِيلَهُ ببَلَدٍ يَلْبَسُ فِيهِ أَهْلُ الصِّيَانَةِ سَرَاوِيلَهُمْ، وَلَا يَكْشِفُ رَأْسَهُ فِي بَلَدٍ يُغَطِّي فِيهِ أَهْلُ الصِّيَانَةِ رُؤُوسَهُمْ، فَإِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ لَا يُجَافِي أَهْلُ الصِّيَانَةِ ذَلِكَ فِيهِ كَالْحِجَازِ وَالْبَحْرِ الَّذِي يَقْتَصِرُ أَهْلُهُ فِيهِ عَلَى لَبْسِ الْمِئْزَر كَانَ عَفْوًا، وهذا صحيح وهو كالشرح لكلام الرَّافِعِي.

قال: (**وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ، وَلُبْسُ فَقِيهٍ قُبَاءَ وَقَلَنْسُوَةٍ حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشِّطْرَنْجِ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ**) أي: الإكثار منه.

(**يُسْقِطُهَا**) أي: يسقط المروءة لمنافاة ذلك لها، والظاهر أنه لا فرق في الإكثار من الرقص بين الفقراء وغيرهم من الناس، وربما أوهم بعض ما سبق خلافه، وكان الأحسن أن يقول: وقبلة زوجة أو أمة أو كذا أو كذا، كما قالاه في «الرَّوْضَة» و«أصلها»؛ لئلا يتوهم غير أن المسقط للمروءة اجتماعها.

وقوله: (**وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ**) أي: ونحوها من وجوه الاستمتاع كوضع يده موضع اللثام تمتعًا، أو على الصدر بلا حائل، وغير ذلك، والظاهر أن المراد بالناس هنا الجنس لا الجمع، لكنه في الجمع أفحش.

وقوله: (**وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ**) أي: عن غيره أو عن نفسه؛ لأنه يجعل نفسه ضحكة، وكذا لو لم يكثر بل يتحدث بما يجري بينه وبين زوجته أو أمته في الخلوة.

وقوله: (**وَلُبْسُ فَقِيهٍ قُبَاءَ**. . .إلى آخره) ومثله: لبس التاجر ثوب الجمال، وتعمم الجمال أو تطلس، وركب بغلة وطاف في الأسواق، واتخذ نفسه ضحكة.

وقوله: (**وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشِّطْرَنْجِ**) أي: بحيث يغلب عليه ويشغله عن مهماته، وهذا في الخلوة، أمَّا اللعب به على قارعة الطريق فخارم للمروءة،

....

وإن قلَّ فاللعب به في الخلوة مرارًا لا يكون كاللعب به في سوق ونحوه مرة على ملأ من الناس.

وقوله **(أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ)** أي: أو استماعه، وقيل: الصواب ذلك لا قوله: سماعه، وأمَّا المداومة على الغناء لنفسه، والمراد الإكثار منه أو كان يأتي الناس، أو يأتون له فمسقط للمروءة، فإن اتخذ جارية أو غلامًا ليغنيا للناس، فذلك دناءة فلا وجه لاعتبار الإكثار والمداومة.

قال الرَّافِعِي بحثًا: وإذا عهد صنعة الغناء المباح حرفة وتكسبًا فالاشتغال به ممن يليق بحاله لا يكون تركًا للمروءة، وكلام الأصحاب محمول على من لا يليق به.

قلت: الوجه إجراء كلام الأصحاب في المغني على إطلاقه، فإنه وضيع عند كل أحد، كاشف لجلباب الحياء وفاقًا، بخلاف أرباب الحرف الدنيئة بحيث يأنف منه الناس والزبال ونحوهما، وأيضًا فيجده حرفة، ينفق غالب أوقاته في الاعتناء به ويبيعه لا الفسوق والمجون، وقد نصَّ في «الأم» والأصحاب أنه إذا اتخذ الغناء صنعة وعرف به واشتهر به بحضرة الناس، ويدعونه له رُدت شهادته.

قال الشَّافِعِي: لأن من صنع هذا نسب إلى السفه، وساقط المروءة، ومن رضي به لنفسه كان مسخفًا، وإن لم يكن محرمًا بين التحريم.

وقال المَاوَرْدِي: من سمي مغنيًا يأخذ عليه أجرًا يدعي له، ويغني لأجله فهو سفيه مردود الشهادة؛ لأنه تعرض لأخنث المكاسب.

وفي «روضة الحكام»: وقيل في شهادة القوالين وجهان، والصواب أن المحترف بالغناء مردود الشهادة مطلقًا بإجماع الأصحاب.

وقوله: **(وَإِدَامَةُ رَقْصٍ)** يعني: الإكثار منه ممن كان، وهذا ينبغي أن يكون فيمن يتعاطاه في الخلوات مع أمثاله، من أهل الستر، أمَّا من يرقص مع من أنفق حيث ما أنفق فتارك للمروءة معرضٌ عنها، وسئل القاضي الحسين عن

....

السماع فقال: من تعوده من الفقهاء وغيرهم في كل أسبوع مرارًا، وفي كل شهر مرارًا فسق، وترد شهادته، فقيل: إذا شهده في كل شهر مرة، فقال: لا ترد شهادته، وهو فسق، وليس كل فسق يوجب رد الشهادة، انتهى.

وهذا خلاف المفهوم من كلام الفقهاء في الفسق، ومما يخرم المروءة: مد الرجل بين الناس بلا مرض، ومنه: أن يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، ويضايق في اليسير ويضايق.

ومنه: أن يبتذل الرجل المعتبر بنقل الماء والأطعمة إلى بيته شحًا، فإن فعله استكانة وإقتداء بالسلف التاركين للتكلف لم يقدح في مروءته، وكذلك لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد؛ لتقلله وبراءة عن التكلفات العادية، ويعرف هذا بتناسب حاله في الأعمال والأخلاق، وظهور مخايل الصدق ما يبديه.

ومنه: اعتياد الرجل البول قائمًا أو البول في الماء، قال: القاضي الحسين في «فتاويه» قال: لأنه يعد سفهًا، انتهى.

وهذا حيث لا عذر في البول قائمًا وأن يجاهر به لا خاليًا وأمَّا البول في الماء فلا شك أنه ليس على إطلاقه، ومنه في السوق والطرق ممن لا يليق به.

قال [الديلمي][(١)]: لا يتبرز على الطريق ومواضع ترى من غير ضرورة.

تَنْبِيهَاتٌ: ظاهر كلام المصنف وغيره من أتباع المراوزة أن بعض ما عدده من قبلة زوجته ونحوه يسقط العدالة المرة الواحدة منه، وأن بعضه يعتبر فيه التكرار المعبر عنه بالإكباب، وأطلق العراقيون وهو ظاهر نصوص الشَّافِعِي: إن من وجد منه بعض ما هو خلاف المروءة قُبلت شهادته، إلا أن يكون الأغلب عليه ذلك، فترد به شهادته.

وقضية ذلك اعتبار التكرار والإكثار في كل واحدة، وفيه وقفة، نعم؛ بعض الأمور يتعين اعتبار التكرار فيها، كمد الرجل، والأكل في السوق من الرجل الجليل، وما ضاهى ذلك دون قبلة الزوجة ونحوها من الاستمتاع

(١) في نسخة: (الدبيلي).

....

بحضرة الناس، لا سيما في الطريق أو السوق أو مجلس الحاكم مثلًا، وكذا مشي الرجل العالم المشهور أو الوجيه في السوق ونحوه مكشوف الرأس أو البدن غير العورة بلا حاجة ببلد يتحاماه أهل الصيانة، ويُعد ذلك منه خرمًا للمروءة، ويظهر اختلاف ذلك باختلاف طبقات الناس والأماكن والمفعول بحضورهم، وقد قالوا في الأفعال المبطلة للصلاة: يعتبر التكرار فيها إلا أن تكون وثبة فاحشة، فإنها مبطلة بمفردها.

سبق عن «الْحَاوِي» أن المروءة أضرب: ثالثها: مختلف فيه وهو ضربان: صنائع وعادات، أمَّا العادات: فقدمنا الكلام على حفظ مروءته في مأكله وملبسه، وبقي ألَّا يباشر مأكوله ومشروبه وحمله بنفسه ببلد يتحاماه أهل الصيانة إلى نظائر هذا، وفي اعتبار هذا الضرب جميعه في شروط العدالة أربعة أوجه:

ثالثها: إن نشأ على ذلك من صغره لم يقدح في عدالته، وإلا قدح.

ورابعها: إن اختص ذلك بالدين قدح؛ كالبول قائمًا وفي المال الراكد، وكشف العورة إذا خلا، والتحدث بمساوئ الناس، وإن اختص بالدين لم يقدح فيها؛ كالأكل في الطريق، وكشف الرأس بين الناس، والمشي حافيًا؛ لأن مروءة الدين مشروعة، ومروءة الدنيا مستحسنة، وأطنب في توجيه عدم الاعتبار مطلقًا، وبه صدر كلامه، وكذا في توجيه مقابله، وهو المشهور.

وفي «روضة الحكام» وقد قيل: هل تشترط المروءة في الشهادة؟ وجهان، فإن قلنا تشترط، فهي التصون وحفظ الجاه وترك الجلوس على الطريق، أي: بلا حاجة، وتجنب إساءة الأدب من الملاعنة بين الناس، والأكل في السوق، ويختلف ذلك باختلاف مراتب الناس، وألَّا يأمر جواريه بقران للناس بالإلحان، وقيل: لا تسقط شهادة أهل التصوف بالأكل في السوق، وهل تسقط الشهادة بالكذب مرة؟ وجهان، انتهى.

وأفهم سياقه أن الأصح أنه لا فرق في الأكل في السوق بين المزهد المطرح للكلفة وغيره.

وَالْأَمْرُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَمَاكِنِ، ....

قال: (**وَالْأَمْرُ فِيهِ**) أي: فيما ذكره من إدامة الرقص هذا هو المتبادر من كلامه ويحتمل أن يريد الرقص وغيره مما يقدمه، وهو الأقرب إلى قول «المحرر» والغناء وسماعه والمداومة على الرقص كل ذلك يسقط المروءة، والأمر في ذلك.

(**يَخْتَلِفُ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَمَاكِنِ**) ووجه من مدار الأمر في ذلك على العرف وقد يستقبح من شخص ما لا يستقبح من غيره، وقد يستقبح الشيء في حال دون حال، وفي مكان دون مكان، وفي بلد دون بلد، والظاهر أنه لم يرد بقوله: والأمر في ذلك ما قبل الغناء من الإكباب على الشطرنج، وما تقدمه من إكثار المضحكات، والعلم عند الله.

فَرْعٌ: في «روضة الحكام»: هل تقبل شهادة صاحب الصدغين؟ وجهان:

أحدهما: نعم إذا لم يعرف فسقه.

والثاني: لا؛ لأنه علامة، وقيل: إن كان من قوم عادتهم ذلك لم تُردّ شهادته، وإلا رُدَّت، انتهى.

وكأنه أراد إرسال الصدغين على الحدين، أو إرسال الذؤابة، ويقال: لها الدبوقة[١] والوجه الثالث أرجح.

فَرْعٌ: سبق عن الْحَاوِي أن نتف اللحية سفه تُرد به الشهادة، وصحَّحه الرُّويَانِي هنا، وذكر قبيل كتاب الأقضية أن نتفها لا تُرد به الشهادة؛ لأنه مكروه لا حرام، والصواب: إن نتفها طلبًا لإبقاء المرودة أو عبثًا لا لعلة، أو تدينًا سفه تُرد به الشهادة حرَّمناه أم لا، قال: [الديلمي][٢]: لأنه يهجو نفسه بتغيير خلق، ورتبته إلا أن يكون به علة لا يمكنه الإمساك عنه فعذر، ومن نتف إبطه بحضرة الناس ساقط المروءة، وهذا كله في استئصالها، أمَّا الأخذ منها وتقصير طولها المفرط فهل يباح أو يكره؟ فيه خلاف للسلف، واختار المصنف الكراهة، ويشبه ألَّا تُرد به الشهادة إلا أن يفرط في الأخذ منها بحيث يستنكر،

(١) الدبوقة: ذو الشعر المضفور.
(٢) في نسخة: (الدبيلي).

....

ويعد خرمًا للمروءة، وأمَّا نتف الشيب فمكروه قطعًا.

قال المصنف: وينبغي أن يُحرَّم للنهي الصريح «**لَا تَنْتِفُوا الشَّيْبَ**»[(١)] وأمَّا رد الشهادة به فيجوز أن يقال: إن أفحش فيه بعد الطعن في السن وغلبة الشيب رُدت شهادته وإلا فلا.

فَرْعٌ: أطلق المَاوَرْدِي أن خضاب اللحية سفه، وحملناه على خضابها بالسواد؛ لأنه إذا كان بصفرة أو بحمرة فهو سُنّة وفاقًا، وأمَّا خضاب الرأس واللحية بالسواد فقال جماعة: إنه مكروه.

قال المصنف: والصحيح بل الصواب أنه حرام، وبه صرَّح المَاوَرْدِي في باب الصلاة بالنجاسة، وفي أحكامه، وفيه حديث في «صحيح» مسلم وفي «السنن» مرفوعًا: «**يَكُونُ قَوْمٌ يَخْضِبُونَ فِي آخَرِ الزَّمَانِ كَحَوَاصِلِ الْحمَامِ لَا يَرِيحُونَ رَائِحَةَ الْجنَّة**»[(٢)] قال: ولا فرق في المنع منه بين الرجل والمرأة عندنا، ورخَّص فيه للمرأة إسحاق بن راهويه.

قلت: وهو قوي، والنهي متوجه للذكور، قال الْحَلِيمِي: أمَّا السواد فيشبه أن يكون مطلقًا للنساء إن تخضبن به لأجل أزواجهن، فأمَّا الرجل فلا، وذكر فيه للمرأة أثرًا عن عائشة رضي الله عنها، واتفقوا على الرخصة للمجاهد؛ إرهابًا للعدو بإظهار الشباب والقوة، صرَّح به المَاوَرْدِي والغزالي وغيرهما، فإن صحَّ الحديث السابق كان كبيرة من العالِم بما جاء فيه من الوعيد، وأمَّا خضاب اليدين والرجلين بالحناء للرجل فحرام، إلا لحاجة التداوي؛ لأنه من افتعال أهل التخنيث والبذالة، فتُرد به الشهادة لسقوط المروءة.

فَرْعٌ: قال في «الأم» ومن تأكد عليه أن يغشى الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة ولا يستحل صاحب الطعام، فتابع ذلك منه رُدت شهادته؛ لأنه يأكل

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٨٥، رقم ٤٢٠٢)، والخطيب (٤/ ٥٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٨٧، رقم ٤٢١٢)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٤١٥، رقم ٩٣٤٦)، وابن سعد (١/ ٤٤١)، والبيهقي (٧/ ٣١١، رقم ١٤٦٠١).

....

محرمًا إذا كانت الدعوة دعوة رجل بعينه، فأمَّا إذا كان طعام سلطان أو رجل يتشبه بالسلطان فيدعو الناس إليه فهذا طعام عامة مباح ولا بأس به. هذا لفظه.

قال في «الشامل» وإنما اشترط تكرار ذلك؛ لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر صار دناءة وقلة مروءة، وأشار غيره إلى أنه صغيرة، فإذا تكرر صار في حكم الكبيرة، وقد تقدم اعتبار ربع دينار في جعل الخضب كبيرة، والأكل مرة أو مرتين لا يبلغه غالبه، لكنه ترك مروءة، نعم؛ ما يقصده بعض السفل من المتطفلين إذا حضر الدعوة الخاصة ينهب منها شيئًا كثيرًا من الأطعمة النفيسة والحلوى ويحمله، ويسبق ذلك مشقة شديدة على صاحب الدعوة، وإنما يسكت حياء من الناس ومروءة، فهو خرق للمروءة، ونزع لجلباب الحياء، فيكفي في رد الشهادة المرة الواحدة.

وفي «مغني» الموفق الحنبلي: ولا تُقبل شهادة الطفيلي الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة، وبه قال الشَّافِعِي، ولا نعلم فيه مخالفًا لما روي مرفوعًا: **«مَنْ دَخَلَ عَلَى غَيْرِ دَعْوَةٍ دَخَلَ سَارِقًا وَخَرَجَ مُغِيرًا»**(١) ولأنه يأكل محرمًا ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة، فإن لم يتكرر منه لم ترد شهادته؛ لأنه من الصغائر، انتهى.

وفي هذا الأكل المجرد دون النهب كما بيناه.

فَرْعٌ: قال في «الأم»: وإذا نثر على الناس في الفرح، فأخذه بعض من حضره لم يكن هذا مما تخرج به شهادة أحد؛ لأن كثيرًا يزعم أن هذا مباح حلال؛ لأن مالكه إنما طرحه لمن أخذه، فأمَّا أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل أنه لا يأخذه من أخذه إلا بغلبة لمن حضره، إمَّا بفضل قوة وإمَّا بفضل قلة حياء والمالك لم يقصد قصده وإنما قصد به قصد الجماعة فأكرهه لأخذه؛ لأنه لم يعرف خطه من خط من قصد به بلا أذية وأنه خلسة وسخف. هذا لفظه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤١، رقم ٣٧٤١)، والبيهقي (٧/ ٦٨، رقم ١٣١٩٠). والقضاعي (١/ ٣١٤، رقم ٥٢٨)، وابن عدي (١/ ٣٩٠، ترجمة ٢٠٨ أبان بن طارق).

....

قال في «الذَّخَائِر» وغيره: ولم يجعل من باب ترك المروءة وإن كان مكروهًا.

قلت: لعلَّ مراد الشَّافِعِي ما إذا فعله مرة ونحوها، وكان ممن لا يزري به التقاطه، أمَّا لو أكثر منه أو كان ممن يزري به التقاطه فهو ترك للمروءة، كما أشار إليه بقوله: وإنه خلسة وسخف، ويشبه أن يختلف ذلك باختلاف عادات البلاد في عدِّه من الدناءة وترك المروءة، وعدم عدِّه مع مراعاة مراتب الآخذين، وهذا في الشار العام دون الخاص بقوم، فالأخذ من غيرهم كالطفيلي المنتهب وأولى.

فَرْعٌ: سبق أن من داوم على ترك السنن الرواتب، وغُسل الجمعة، رُدّت شهادته، ونص الشَّافِعِي والأصحاب: إن مستحل الأنبذة إذا أدام المنادمة عليها، والحضور مع أهل السفه ورُدَّت شهادته لطرحه المروءة، وذكر العلامة ابن رزين قاضي مصر وصاحب ابن الصلاح ثلاثة أوجه في تعاطي ما يخل بالمروءة: التحريم وضده، والثالث إن تعلقت به شهادته حرم وإلا فلا، وهذا في غير الحرف الدنية فأوهم جريانها فيهم.

فَرْعٌ: الخمرة العنبية التي لم تشب بماء ولا طبخت بنار محرمة إجماعًا ووقع فيها نزاع ضعيف في الصدر الأول، ثم ارتفع ورجع فاعله، فمن شرب منها شيئًا ـ وإن قَلَّ ـ عامدًا عالمًا بحالها حُدَّ ورد، وكذا حكم بائعها ومشتريها في الرد، وفي لعن فيها عشرة، وسبق عن الْحَلِيمِي: إنه إذا مزجها بالماء فذهبت شرتها إن شربها صغيرة.

وقال المَاوَرْدِي: لا فرق بين شربها صرفًا وممزوجة، وشذَّ قوم فقالوا إذا مزجها بما غلب لم تحرم، وهو فاسد، لكن لو مُزجت بالماء قبل أن تسكر ثم صارت بعد المزج مسكرًا كانت في حكم النبيذ دون الخمر، كذا لو طبخت بالنار بعد إسكارها كانت خمرًا، ولو غليت بالنار قبل إسكارها ثم أسكرت بعد غليها كانت نبيذًا لا خمرًا.

....

وأطلق الرَّافِعِي القول بأنه لا ترد الشهادة باتخاذها وإمساكها؛ إذ يجوز أن يقصد به التحلل أو التحليل وفيه نظر فإن اتخاذها بقصد الخمرية حرام وإمساكها للتحلل حرام أيضًا، بل يجب المبادرة إلى إراقتها، ولا فرق عند جمهور العراقيين في وجوب الإراقة بين المحترمة وغيرها، والإمساك بقصد التحليل عند من يمنعه لغو، على أن هنا نظرًا من وجه آخر وهو: إن من علم بيده خمرًا ولم يبادر إلى إراقتها والتبرؤ منها، ساءت به الظنون وعُدَّ تاركًا للمروءة، ونازعًا لجلباب الحياء؛ لا سيما إن كان ممن يتطرق إليه إليهم، وعبارة «الْحَاوِي»: وأمَّا اتخاذ الخمر وإمساكها فيعتبر بمقصوده، فإن قصد به أن ينقلب خلًا جاز ولم يفسق به، وإن قصد ادخارها على حالها كان محظورًا يفسق به؛ لأن إمساكها داع إلى شربها، وما دعا إلى الحرام محظور.

وفي «البيان»: وأمَّا عاصِرها وممسكها فقال الشيخ أبو حامد: لا يفسق بذلك، ولا ترد شهادته؛ لجواز أن يرجع عن إرادته فيتخذها خلًا.

قال ابن الصباغ: ويحتمل أنه قصد بعصرها أن تصير خمرًا فيشربها كان محرمًا وتُرد به شهادته، انتهى.

فَرْعٌ: المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه وسائر الأنبذة إن شرب منها القدر المسكر حُدَّ ورُدت شهادته، وإن شرب منها القليل مستحلها كالحنفي فأوجه: ثالثها وهو المنصوص والأظهر عند عامة الأصحاب: إنه يحد ولا تُرد شهادته، واستبعده الـمُزَنِيّ فقال: الحد أعظم من الرد، فكيف يحد وتُقبل شهادته؟ وأجاب الأصحاب بأن الحد إلى الإمام فاعتبر فيه اعتقاده، والرد يعتمد عقيدة الشاهد، ولهذا لو عضها ووطئها ثم بانت أنها أمته فسق وردت شهادته، ولو وطئها بظنها أمته لم ترد، وأيضًا فالحد للزجر، وشربه يحتاج إلى الزجر والرد لسقوط الثقة بقوله، وإذا اعتقد الحِل لم يسقط وإن كان الشارب ممن يرى التحريم كشافعي، فإن حددنا ذاك فهذا أولى، وإلا فوجهان:

أصحهما: المنع لشبه الاختلاف، وأمَّا الرد فإن ردت شهادة ذاك فهذا

....

أولى وإلا فوجهان:

أظهرهما: في «الشامل» و«المهذب»: إنها لا ترد، وعلى هذا إنما علم بالفسق ورد الشهادة إذا ارتكب مجمعًا على تحريمه.

وأصحهما عند القاضيين أبي الطيب والروياني وغيرهما: إنه ترد وهو ما أورده الإمام ويوافقه قول الْقَفَّال: إن من نكح بلا ولي ووطئ لا تُرد شهادته إن اعتقد الحِل، وتُرد إن اعتقد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات، لكن قد حكي عن النص أنه لا ترد شهادة المستحل لنكاح المتعة، والمعني به والعامل به، ونقل أبو الفياض البصري مثله في «تتمة الجامع الصغير» لأبي حامد القاضي، هذا حاصل كلام الرَّافِعِي في الأنبذة، وحاصله ما رجحاه في «الرَّوْضَة» و«الشرح الصغير»: إن المستحل يُحد ولا يُرد، والمحرم يُحد ويُرد وهو المصرح به في «روضة الحكام» وغيرها.

وقال في «الشامل»: إنه خلاف ظاهر كلام الشَّافِعِي وخلاف القياس؛ لأنه وإن اعتقد تحريمه فمن طريق مظنون، والشبهة فيه قائمة، أي: فيُحد ولا ترد شهادته، والخلاف في الحد والرد إذا لم يعاقر، فإن عاقر عليه قال المَاوَرْدِي: أو تكلم بالخنا والهجر. قال الدَّارِمِي: أو شربه مع السفهاء رُدَّ؛ لتركه المروءة.

قال المَاوَرْدِي: وإن لم يعاقر ولم يسكر فإن اعتقد تحريمه باجتهاد أو تقليد فسق وحُدَّ، وإن استباحه باعتقاد أو تقليد فالمذهب ما سبق.

وقال المُزَنِيّ: لا حد ولا رد، وإن شرب غير معتقد لحلٍ ولا حرمة عالمًا باختلاف العلماء في إباحته وحظره ففي فسقه ورد شهادته بعد وجوب الحد عليه وجهان، قال البصريون: يفسق ويرد، وعكس البغداديون، وقال الدَّارِمِي: إن شربه شافعي حد، وقال المروزي: فسق، وقال ابن أبي هريرة: وجهان.

إشارات: لو قال: الحنفي وغيره قصدت التداوي، يتجه اندفاع الحد عنه قطعًا؛ لاجتماع الشبهتين، وكذا ينبغي أن يقبل ذلك فلا يحد ولا يرد على الوجهين إذا جوزنا التداوي به، رأيت في ما وقفت عليه من «البيان»: إذا لم

....

يسكر الشارب لم يفسق ولم ترد شهادته، سواء اعتقد تحليله أو تحريمه، وحكى القاضي أبو الطيب في «المجرد» أن معتقد تحريمه ترد شهادته والمذهب الأول، انتهى.

وبه جزم أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»، وهما متابعان «للشامل» و«المهذب» والمستظهري فيه، وعند هؤلاء إنما يفسق وترد شهادته، إذا ارتكب مجمعًا على تحريمه يشكل على ترجيحه هنا قوله في «زوائد الرَّوْضَة» في السير: ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره، فأمَّا المختلف فيه فلا إنكار فيه؛ لأن كل مجتهد مصيب أو المصيب واحد لا يعلمه وإلا أثم على المخطئ إلى آخر ما ذكره وسقته في «الْغَنِيَّة»، وكلامه برمته مؤيد لما قاله صاحب «الشامل» وموافقوه بل قضيته ألَّا يحد أحد سواء اعتقد حله أم حرمته؛ إذ الحد غاية الإنكار.

فَرْعٌ: عدَّ الجرجاني في «التحرير» من مسقطات المروءة الموجبة لرد الشهادة لبس الثياب المصنعة.

وقال في «الشافي»: ولبس الثياب المصنعة في أغلب أحواله، وفي هذا الإطلاق نظر، ولعلَّه أراد ما سيأتي عن الْحَلِيمِي، نعم؛ سبق في الجمعة عن القاضي الحسين أنه إن صبغ الثوب بعد النسج ليمنع الوسخ جاز لبسه، أو للزينة لم يجز للرجال لبسه، وهو غريب نعم الصحيح المختار تحريم لبس المزعفر على الرجال، وذكر الخطاب أنه كره لهم الحمرة في اللباس، قال: وهو ينصرف إلى ما صبغ بعد النسج، دون ما صبغ غزله ثم نسج، انتهى.

وأطلق غيره كراهة لبس الأحمر للرجال لحديث روي فيه، وهو ظاهر في حق العالم والزاهد، ومن لا يليق به في العادة ويستخف بلابسه منهم دون الجندي وغيره من العوام.

قال الْحَلِيمِي: وأمَّا الثياب المصبوغة فكل ما كان صبغة ورسًا أو زعفرانًا أو عصفرًا فهو للنساء، ولا ينبغي للرجال لبسه، وذكر أحاديث، قال: ولا

....

ينبغي لأحد أن يلبس مشهرة من الثياب لا في النفاسة ولا في الخساسة، ووجه الكراهة بامتداد الأنظار إليه، وفخره وخيلائه على من لبس في مثل حاله.

ثم قال: وأمَّا من وسع عليه ووفق أن يوسع على المحاويج فليس المشهور لنرى بر نعمة الله عليه، رجوت ألَّا يكون عليه بأس في ذلك، قال: ولا ينبغي لأحد أن يوسع لباسه أكثر مما يحتاج إليه في تقلبه وركوبه؛ لأن فيه إفساد الثوب وإضاعة له وإسراف مع ما يتصل به من البذخ والخيلاء وإيذاء الضعفاء أنه يجد من الفضل عن حاجته ما لا يجدونه من قدر حاجتهم، وكل ذلك حرام قبيح، وينبغي أن يعد من مسقطات لبس المشهر من الثياب المصبغات لمن لا يليق به، فإنه مستنكر عرفًا من أهل الصيانة والدين.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: وشهادة الطواف على الأبواب وسائر السؤال مقبولة، إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة، وهو غير محتاج، أو يأخذ مالًا يحل له أخذه فيفسق بذلك، وفي إطلاقه القول بفسقه بمجرد أخذه ما لا يحل له نظر يتلقى مما أسلفناه في المتطفل والغاصب قال: وعن أبي حنيفة رد الشهادة بسبب الطوف على الأبواب، وهو قضية الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف الدنية؛ لأن اختيار ذلك يدل على الخسة، انتهى.

قلت: وكلامه يشعر بجواز السؤال للمحتاج القادر على الكسب، وسبق في صدقة التطوع أن المصنف صحح التحريم، وخالفه غيره، وهذا حيث لا ضرورة، قال الشَّافِعِي في «الأم»: لا يحرم المسألة في الجائحة تأتي على ماله، ولا في حمالة الرجل بالديّات والجراحات، ولا في الغرم؛ لأنها مواضع ضرورات وليس فيها كبير سقاطة مروءة.

وهكذا لو انقطع رجل ببلد فسأل، لم أر هذا يحرم عليه إذا كان لم يجد المضي منها إلا بمسألة، ولا ترد شهادة أحد بهذا أبدًا، فأمَّا من يسأل عمره كله أو أكثر عمره أو بعض عمره وهو غني بغير ضرورة، ولا معنى من هذه المعاني ويشكو الحاجة، فهذا يأخذ ما لا يحل له، ويكذب بذكر الحاجة فترد بذلك حاجته قال: ومن سأل وهو فقير لا يشهد على غناه لم تحرم عليه

وَحِرْفَةٌ دَنِيئَةٌ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ وَدَبْغٍ مِمَّنْ لَا تَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا، فَإِنْ اعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةَ أَبِيهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

المسألة، وإن كان ممن يعرف بأنه صادق ثقة لم ترد شهادته، وإن كانت تغلبه الحاجة وكانت عليه دلالات أن يشهد بالباطل على الشيء لم تقبل شهادته، وهكذا إن كان غنيًّا يقبل الصدقة المفروضة من غير مسألة كان قابلًا ما لا يحل له، وإن كان ذلك يخفى عليه أنه محرم عليه لم ترد شهادته، وإن كان لا يخفى عليه أنه محرم عليه رُدَّت شهادته.

فأمَّا غير الصدقة المفروضة يتصدق بها على رجل غني فقبلها فلا يحرم عليه، ولا تُرد بها شهادته، هذا نصه بحروفه، وسبق تقييد ما أطلقه، ونصه محتمل للوجهين السابقين.

وقال ابن عبد السلام: إن الصحيح من مذهبه الجواز.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وإن تكدى وسأل الناس إن كان محتاجًا إليه، وكان ذلك معتادًا في تلك البلدة بحيث لا يستنكرون ذلك لم يصر به تاركًا للمروءة، وإن كان بخلافه صار به تاركًا للمروءة وهذا حسن.

قال: (**وَحِرْفَةٌ دَنِيئَةٌ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ**) أي: للأخلية.

(**وَدَبْغٍ**) أي: ونحوها كقيم حمام وزبَّال، وحارس، ونخَّال تراب، كما قيَّده الجرجاني في «التحرير»، وإسكافٍ وقصابٍ ونحوهم.

(**مِمَّنْ لَا تَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا**) أي: لإشعار ذلك بدناءته وقلة مروءته.

قال: (**فَإِنْ اعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةَ أَبِيهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنها حرفة مباحة، وبالناس حاجة إليها، وهي من فروض الكفايات، فلو رددنا شهاداتهم لم يؤمن تركها فيعم الضرر، والثاني: يسقطها؛ لأن اشتغاله بها ورضاه بها يشعر بقلة المروءة.

واعلم أن هذا التفصيل بين من يليق به، أو كانت حرفة أبيه، ذكره الغزالي واستحسنه الرَّافِعِي.

قال: ومقتضاه أن يقال: الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس تطب

....

مروءتهما، بخلاف العكس، زاد في «الرَّوْضَة»: ولم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي ألَّا يقيد بصنعة آبائه، بل ينظر هل يليق به هو أم لا؟

قلت: وأطلق الْبَغَوِي وغيره نقل وجهين بلا تقييد أصلًا، وصحَّحوا القبول.

وقال في «الْكَافِي»: إنه الأصح في طريقتنا.

وقال القاضي الحسين: إن استعمل الإسكاف شعر الخنزير ولم يغسل ثوبه وبدنه منه لم يقبل، وكذا إن غسلهما على الأصح، وإن استعمل غيره وغسل النجاسة قبلت شهادته على الأصح، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: إن استعماله الهُلب هل يكون فسقًا؟ يحتمل وجهين. إن قلنا: فسق ردت شهادته، وإلا فوجهان.

وتقدم أن المَاوَرْدِي حكى وجهًا فارقًا في ترك المروءة العادية بين أن يكون نشأ عليه أم لا، وهو قريب من كلام الغزالي، وفي المسألة وجه ثالث: إنه تقبل شهادة من لا يحتاج إلى مباشرة نجاسة وقذر؛ كنخَّال التراب من الطرق، والحارس ونحوهما دون من يباشر النجاسات.

وعبارة «الْحَاوِي»: والثالث يقدح في العدالة ما استرذل في الدين لا في ما استرذل في الدنيا؛ لا سيما الحياكة لكثرة الخير في أهلها، وهذا يجوز أن يُجعل وجهًا رابعًا، ثم من يباشر النجاسات إن اتخذوا ثيابًا طاهرة للصلاة وحافظوا عليها في أوقاتها، وإلا ففاسق قطعًا، وفي الحائك طريقان: أشهرهما: فيه وجهان، وثانيهما: القبول قطعًا، واختارها الْقَفَّال والقاضي الحسين وغيرهما، ومنهم من رتَّبه على غيره، وهو أولى بالقبول، وفي الصبَّاغ والصوَّاغ طريقان: أصحهما: القطع بالقبول، وقيل: على الوجهين نعم من أكثر منهم ومن سائر المحترفة خلفًا في وعد أو كذب ردت شهادته بذلك، وألحق المَاوَرْدِي السمَّاك والقصَّاب بالحائك، وقال في «الْبَحْر»: وهما أحسن حالًا منه، انتهى.

....

وهذا فيمن يحمل إليه اللحم ليبيعه بحانوته بعد تنقيته، وأمَّا من يذبح ويسلخ ويباشر الدَّم والفرق غالبًا يسترذل، وفي «تعليق» الْبَغَوِي تعلق الوجهين في القصَّاب والجزَّار والسلَّاخ إذا احترزوا من النجاسات.

وحكى في «الْكَافِي» الخلاف في الْأَتُّونِيِّ، وهذا إنما يظهر فيمن يعد بالزبل ونحوه، كوقاد الحمام، أمَّا من يستعمل الحطب كأتوني الكلس والآجر فبعيد، واقتضى كلام الصَّيْمَرِيّ في شرح «الكفاية» تفصيلًا غريباً في قبول شهادة ذوي الحرف الدنية إذا كانوا على الطريقة المرضية، حيث قال: وردَّ كثير من أصحابنا شهادة الحجَّامين والحاكة وباعة الكروش والصحاني والكوامنج والسوقين والأسمدة، وزعموا أن الغالب منهم قلة الدين وسقوط المروءة.

قال: ويلزم هذا القائل أن يلحق كثيرًا من الملَّاحين والمكَّارين وبعض الحمَّالين بهم وأجاز بعض أصحابنا شهادة كل هؤلاء إلا من ظهر فسقه، ولعمري أن الغالب على أهل هذه الصناعات السُفهاء والسُخفاء إلا من شذَّ، وقد تم.

قال: وهذا اختلاف بين أصحابنا، وفي الزمان ففيه، وأمَّا الآن فحديث آخر، ثم قال: مسألة: لا تجوز شهادة قيّم ولا حمامي؛ لأن هؤلاء لا ينفكون عن مس عورة أو نظر إليها، وهذا هو الفسق بعينه، وهذا منه إخراج لهذا النوع من الخلاف لما ذكره، وكان المراد بالحمَّامي الناطور ونحوه الجالس في موضع الثياب، وبالقيّم: من يغسل الناس داخل الحمام.

وفي «تحرير» الجرجاني: ولا تُقبل شهادة الزبال، والكناس، ونخَّال التراب، والقوَّال والمشعبذ؛ لسقوط مروءتهم، وتقبل شهادة أهل الحرف الدنية إذا حسنت طريقتهم في أصح الوجهين، والمعروف المنصوص أن من اتخذ الغناء حرفة مردود.

وسبق عن شُرَيْح الرُّويَانِي نقل وجهين في القوَّالين واستغربناهما، ويقرب أن يكون محلهما فيمن يقول بلا آلة، ولأهل الستر بالشعر المباح؛ كبعض قوَّالي الصوفية ونحوهم دون من يبيعه لأهل الفسق والمجون، وينشد الأشعار

....

المذمومة الحاثة على اللهو الفسق فتأمله، وحكى القاضي الحسين طريقًا: إنه تُقبل شهادة الحمَّال والدلَّال وتارك المروءة ونحوهم في اليسير من المال وكذا في كثير لا يقصد بالإشهاد كالغصب لا في كثير يقصد بالإشهاد عليه، وهذا شاذ يخرج مما قدمنا وجوه كثيرة، وسبق عن أبي العباس الرُّويَانِي نقل وجهين في أن الشاهد هل يكون عدلًا في يسير المال فقط؟ إن المذهب المشهور والمنصوص في «الأم»: عدم الفرق وأن من قَبِل في درهم قَبِل في مائة ألف.

فَرْعٌ: قال شُرَيْح الرُّويَانِي: قيل في شهادة الأقلف وجهان، والصحيح إنا إن أوجبنا الختان فتركه ـ أي بلا عذر ـ فهو فاسق لا تقبل شهادته.

قلت: وإن لم يوجبه فتركه تهاونًا عدم مروءة وشفاء له، فينبغي أن تُرد شهادته بتركه بلا عذر له فاته، ويحتمل أن يفرق بين معتقد وجوبه وغيره.

فَرْعٌ: إذا قلنا بالمذهب الصحيح المشهور أن التصوير حرام وجب رد شهادة كل مصور من الحاكة، وصاحب كل حرفة دنية وغيرها؛ كالحلاوي والشمَّاع والحدَّاد والنحَّاس والصوَّاغ وغيرهم.

قال الصَّيْمَرِيّ: ولا تجوز شهادة منجم معروف، والعرَّاف ضرب من الكاهن إلا أنه يختص بصلاح مريض، وإنه يأخذ ذلك من الجن، وأمَّا الذوَّاق فأمر لا يختل، انتهى.

ولم أر هذه اللفظة لغيره، وفي «غريب الحديث»: فلان يذوق الحديث، أي: يزيد فيه ولعلَّه أراد بالذوَّاق المصور، والظاهر أنه أراد به المشعبذ، وعبارة غيره: ولا تُقبل شهادة الكاهن والعرَّاف والمشعبذ يعضده، ولعلَّ صواب كلامه فأمره لا يخفى، والله أعلم.

فَائِدَةٌ: ذكرت في «الْغَنِيَّة» طرفًا صالحًا من الأحاديث الغريبة التي أوردها في هذا الكتاب، وتنقسم إلى: ضعيف ومنقطع وموضوع، وما له إسناد غريب، وما لا يُعرف له إسناد أصلًا لا يقوم بها حجة فراجعها ففيها فوائد لا يسع جهلها.

وَلَمَّا قَدَّمَ الْمُصَنِّفُ مِنْ شُرُوطِ الشَّاهِدِ كَوْنَهُ غَيْرَ مُتَّهَمٍ بِتُهْمَةٍ تَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَيَّنَهَا بِقَوْلِهِ

منها: «**اخْتِلَافُ أُمَّتِي رَحْمَةٌ**»(١).

ومنها: «**إِنَّ أَكْذَبَ النَّاسِ الصَّوَّاغُونَ وَالصَّبَّاغُونَ**»(٢).

ومنها: «**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ**»(٣) وسبق بيانه.

ومنها: «**أُذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ كَيْ يَحْذَرَهُ النَّاسُ**»(٤).

مثله: «**لَا غَيْبَةَ لِفَاسِقٍ**»(٥).

ومثله: «**مَنْ أَلْقَى جِلْبَابَ الْحيَاءِ فَلَا غِيْبَةَ لَهُ**»(٦).

ومنها: «**لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ**»(٧) بطوله، وعدَّ من الموضوعات.

ومنها: «**الشطرنج ملعونة معلون من لعب بها**»(٨) **ولم يصح فيها حديث.**

ومنها: ما يذكر في ذم الحاكة في غير كتب أصحابنا فكله كذب موضوع، وما يحتجّون به أنه ﷺ «**أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض**»(٩) لا يعرفه أهل الحديث، فاعلم.

[وَلَما قَدَّمَ الْمصنِّفُ مِنْ شُرُوطِ الشَّاهِدِ كَوْنَهُ غَيْرَ مُتَّهَمٍ بِتُهْمَةٍ تَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَيَّنَهَا بِقَوْلِهِ](١٠).

---

(١) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (١/ ٦٤).

(٢) رواه أحمد (١٨/ ٥٦)، والبيهقي (٢/ ٤٢٤).

(٣) أخرجه العقيلي في «الكبير» (١/ ١٧٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ذكره السيوطي في «الدرر» (١/ ٢١).

(٦) أخرجه مالك في «الموطأ» رواية محمد بن الحسن (٣/ ٤٦٢).

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٣٤٢).

(٨) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (٢/ ٢٧٦).

(٩) لم أجده.

(١٠) لم يشرحه المصنف، وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج» بقوله: (وَالتُّهْمَةُ) بِمُثَنَّاةٍ فَوْقِيَّةٍ مَضْمُومَةٍ بِخَطِّهِ فِي الشَّخْصِ (أَنْ) (يَجُرَّ إِلَيْهِ) بِشَهَادَتِهِ (نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ) بِهَا (ضَرَرًا) وَبِمَا تَقَرَّرَ انْدَفَعَ مَا قِيلَ: إِنَّ كَلَامَهُ أَشْعَرَ بِعَوْدِ ضَمِيرِ إِلَيْهِ لِلشَّاهِدِ، فَيَصِيرُ التَّقْدِيرُ أَنْ يَجُرَّ الشَّاهِدُ. إِلَى الشَّاهِدِ، وَفِيهِ قَلَاقَةٌ، وَأَيْضًا فَالنَّفْعُ يَنجَرُّ لِلْمُسَمَّى لَا لِلِاسْمِ، فَلَوْ قال: أَنْ يَجُرَّ إِلَى نَفْسِهِ أَوْ =

وَالتُّهْمَةُ أَنْ يَجُرَّ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَرًا فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتَبِهِ ....

قال: **(وَالتُّهْمَةُ أَنْ يَجُرَّ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَرًا فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ)** أي: المأذون له في التجارة وغيره بنكاح أو غيره.

(وَمُكَاتَبِهِ) أي: لشدة عُلقة في ماله حال الكتابة؛ ولأنه بصدد العود إليه بعجز أو تعجيز، وعن أبي علي بن خيران أن تجويز شهادته له وهو في ذي الكتابة الصحيحة على ضعفه، نعم قد يجيء وجه في شهادته لأحد مكاتبيه على الآخر من شهادته لأحد ولديه على الآخر، وعدّوا من هذا القسم: شهادته لمكاتب أصله أو فرعه بمال أو إخراجه، وكذا شهادته لعبد أحدهما المأذون له، وفي شفعة «الرَّوْضَة»: لو شهد بشراء شقص فيه شفعة لمكاتبه.

قال الشيخ أبو محمد: تُقبل شهادته، قال الإمام: وكأنه أراد أنه يشهد للمشتري إذا ادَّعى بشراء ثم ثبتت الشفعة تبعًا، فأمَّا شهادته للمكاتب فلا تُقبل بحال.

قلت: وعبارة الإمام: ففي ثبوت الشراء على هذا الوجه احتمال، ثم إن أثبتناه لم ينفع ترتب الشفعة عليه تبعًا ثم، ما ذكرناه في السيد والمكاتب يجري في الولد والوالد على الترتيب الذي طردناه، وَلَوْ شَهِدَ لِمُبَعَّضٍ لَهُ وَلِغَيْرِهِ

=
يَدْفَعَ عَنْهَا كَانَ أَوْلَى.
ثُمَّ أَشَارَ الْمصَنِّفُ لِصُوَرٍ مِنْ جَرِّ النَّفْعِ بِمَا تَضَمَّنَهُ قَوْلُهُ: (فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ) سَوَاءٌ أَكَانَ مَأْذُونًا لَهُ كَمَا فِي «الْمحَرَّرِ» أَوْ لَا كَمَا شَمِلَهُ إِطْلَاقُهُ؛ لِأَنَّ مَا يَشْهَدُ بِهِ فَهُوَ لَهُ (وَمُكَاتَبِهِ)؛ لِأَنَّ لَهُ فِي مَالِهِ عُلْقَةً؛ لِأَنَّهُ بِصَدَدِ الْعَوْدِ إِلَيْهِ بِعَجْزٍ أَوْ تَعْجِيزٍ. نَعَمْ لَوْ شَهِدَ بِشِرَاءِ شِقْصٍ لِمُشْتَرِيهِ، وَفِيهِ شُفْعَةٌ لِمُكَاتَبِهِ قُبِلَتْ نَبَّهَ عَلَيْهِ الزَّرْكَشِيُّ (وَغَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ) وَإِنْ لَمْ تَسْتَغْرِقْ تَرِكَتَهُ الدُّيُونَ (أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَثْبَتَ لِلْغَرِيمِ شَيْئًا أَثْبَتَ لِنَفْسِهِ الْمُطَالَبَةَ بِهِ، وَأَلْحَقَ المَاوَرْدِي بِذَلِكَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا مُعْسِرًا بِنَفَقَتِهَا فَشَهِدَتْ لَهُ بِدَيْنٍ وَتُقْبَلُ لِغَرِيمِهِ الْموسِرِ، وَكَذَا الْمعسِرِ قَبْلَ الْحَجْرِ وَالْموتِ لِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِذِمَّتِهِ بِخِلَافِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ أَوْ الموتِ؛ لِأَنَّهُ يُحْكَمُ بِمَالِهِ لِغُرَمَائِهِ حَالَ الشَّهَادَةِ، وَخَرَجَ بِحَجْرِ الْفَلَسِ حَجْرُ السَّفَهِ وَالْمَرَضِ وَنَحْوِهِمَا. نَعَمْ لَوْ شَهِدَ غَرِيمُ الْمُرْتَدِّ بِمَالٍ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّه أَشَدُّ مِنَ الْمفلِسِ، وَقَرِيبٌ مِنَ الْميِّتِ (وَ) تُرَدُّ شَهَادَتُهُ أَيْضًا (بِمَا هُوَ) وَلِيٌّ أَوْ وَصِيٌّ أَوْ (وَكِيلٌ فِيهِ) وَلَوْ بِدُونِ جُعْلٍ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ سَلْطَنَةَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ.
انظر: «مغني المحتاج» (١٩/ ٣٦٧).

وَغَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ، ....

فَكَشهادَته لِشَرِيكِ بِمُشْتَرَكٍ وَلَوْ كَانَ بَاقِيهِ حُرًّا، فَيَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ أُطْلِقَ فَكَشرِيكٍ، وَإِنْ قُيِّدَ بِأَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا مِمَّا يَمْلِكُهُ بِبَعْضِهِ الْحُرِّ قُبِلَ، وَلْيُنْظَرْ فِيمَا لَوْ تهَايَأَ، وَكَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مِمَّا يَكُونُ لِذِي النَّوْبَةِ، هَلْ يُقال: إِنْ كَانَ فِي نَوْبَةِ الْعَبْدِ قُبِلَ وَإِلَّا فَلَا.

إِشَارَةٌ: قضية إطلاق المصنف القبول ومكاتبة سواء المال وما يوجب القصاص والتعزير والنكاح، ويشبه أنه إذا ثبت إذنه له فيه متقدمًا على العقد أن تقبل شهادته له به، ويحتمل غيره.

قال: (**وَغَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ**) لأنه إذا ثبت له شيئًا أثبت لنفسه المطالبة، هكذا أطلق المصنف، وقضيته: إنه لا فرق بين كون الشاهد ممن يضارب مع الغرماء أو لا لمانع، وقد يقال: إذا لم يتسلط على مضاربتهم فيما شهد به لتأجيل دينه، أو لأنه عامله بعد الحجر عالمًا بحاله، أو شهد له بعين مرتهنة عند بعض الغرماء بما يستغرقها أنه تقبل شهادته لضعف التهمة وعدم عود النفع إليه غالبًا، ويحتمل غيره.

تَنْبِيهٌ: أفهم قبول شهادته لغريم لم يحجر عليه، وهو مجزوم به في الموسر، وفي المعسر وجهان: أصحهما عندهما: القبول، قال ابن الرِّفْعَة: وبه جزم القاضيان الحسين وأبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهم، وأصحهما في «الْحَاوِي»: المنع؛ لأنه يستفيد بها المطالبة بدينه، فكان كالمحجور، وفرَّق الأولون بأن المحكوم بفلسه يحكم بماله لغرمائه حال الشهادة، بخلاف المعسر، فإن مطالبته إنما يستفاد بيساره وليس حاصلًا، وأشار في «الْبَحْر» إلى أن هذا الفرق لا يمنع تساويها في الرد، وهو أصح عندي.

قلت: وهو المختار، وزيَّف في «الذَّخَائِر» الأول، وقال: إنه ليس بشيء، ولوَّحت بحثًا في «الْغَنِيَّة» بأنه يحتمل أن يفرق بين أن يسبق من الغريم الشاهد اعترافًا بإعساره وبين ألَّا يسبق منه ذلك، ومثلت ذلك بما لو ادَّعى عليه بدينه فأجاب بأني معسر، لا قال: لي وهو يعلم، فاعترف بذلك وصدَّقه، ثم ادَّعى المدين في الحال أو عن قرب على إنسان أو جماعة بديون أو أعيان، فشهد له رب الدين بذلك، فالتهمة هنا تقوى، وإن احتمل النسيان ثم التذكر للشهادة

وَبِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ.

وتحملها، وعبارة «روضة الحكام»: وإذا شهد عن مال المفلس له بمال ففيه وجهان: أحدهما: لا تقبل؛ لأنه إذا ثبت وجب صرفه إلى دينهم، فأشعر بنقلهما في المحجور أيضًا.

واعلم أن قضية كلام الشيخين وغيرهما أن غريم الميت لا تقبل شهادته بمال مطلقًا؛ لتعلق حقه بالتركة.

وعبارة «البيان» وغيره بعد الجزم بأنه لا تقبل شهادة غرماء المفلس المحجور عليه، وكذلك لو مات وعليه ديون تحيط بتركته فشهد بعض غرمائه له بدين لم تقبل؛ لأنه إذا ثبت الدين تعلق به حق الشاهد.

وعبارة الدَّارِمِي: وإن شهد الغرماء للمفلس حيًّا أو ميتًا.

قال ابن القطان: وجهان، وكذلك المرأة زوجها بنفقتها تشهد له بدين، انتهى.

والظاهر أن إحاطة الديون بالتركة أو كون الميت مفلسًا ليس بقيد، بل المنع مطرد مطلقًا للتوجيه المذكور ويحتمل أنه قيد.

قال: **(وَبِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ)** أي: لما سبق، ولا شهادة الوصي وقيّم الحاكم والوقف والمودع ونحوهم في محل تصرفهم، وفي «روضة الحكام»: إن الأجير المتقاضي لرجل إذا شهد له، فقد قيل: تُقبل إذا لم يكن خاصمه، وقيل: لا تقبل للتهمة، قال شُرَيْح: وعندي أنه بمنزلة الوكيل شهد، انتهى.

وهو وكيل يجعل، وفي معناه شهادة الأجير في محل عمله الذي استؤجر عليه، وعامل القراض والمساقاة بما في أيديهما، والمرتهن بملكية الرهن.

فُرُوعٌ:

منها: لو عزل الوكيل نفسه، ثم شهد، قُبلت إلا أن يكون قد خاصم فلا تقبل أبدًا، ذكره الهروي وغيره، وفي «روضة الحكام»: إنه إذا شهد بعدما عزل نفسه.

قال ابن سُرَيْج: إن كان قد شرع في الخصومة لم يُقبل، وإلا فوجهان، وإنه لو خاصم الوصي عن الميت ثبتت المخاصمة بينهما، فإن عزل نفسه عن

....

الوصاية ففيه وجهان، وذكر الرَّافِعِي في كتاب «الوكالة» أن شهادة الوكيل لموكله بما وكّل فيه، لا تسمع في حال وكالته، وكذا بعد عزله إن انتصب فيها مخاصمًا، وإن لم ينتصب فيها مخاصمًا فوجهان: أصحهما: القبول.

قال الإمام: وقياس المراوزة أن يعكس فيقال: إن لم يخاصم لم تُقبل شهادته، وإن كان قد خاصم وعزل فوجهان، ورأى أن هذا فيما إذا جرت الشهادة على تواصل، فأمَّا إذا طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه، انتهى.

والمجزوم به في «أدب القضاء» لابن القاص وللعبادي: إنه إذا كان قد خاصم لا تُقبل شهادته به أبدًا، وقضيته عدم الفرق، ولا يبعد أن يقال: إن كان قد حصل بين الوكيل والخصم في حال المخاصمة والمحاكمة مناقشة رُدت مطلقًا وإلا فلا.

ومنها: في «إشراق» الهروي وغيره: إن شهادة المشتري شراء فاسدًا بعدما قبض لا تقبل للأجنبي؛ لأنه ينقل الضمان الثابت عليه للبائع إلى غيره، وإن شهادة المشتري شراءً صحيحًا بعد الإقالة أو الرد بالعيب لا تقبل للبائع؛ لأنه يستقي لنفسه الفوائد إذا ادَّعى الخصم الملك من تاريخ سابق للبيع، ولو شهد بعد الفسخ بخيار المجلس أو الشرط فوجهان بناء على أنه يقع من أصله، وترتد الفوائد إلى البائع أو من حينه فلا ترتد.

ومنها: لو شهد على شريكه ببيع ينقص ثبتت له فيه شفعة قبل عفوه عنها لم تُقبل، ولا تُقبل لشريكه ببيع التنقيص أيضًا، فإن لم تكن شفعة بأن كان لا ينقسم.

قال الرَّافِعِي: قال الشيخ أبو حامد: تُقبل.

قلت: وفيه وقفة عند ظهور سوء المشاركة من الشريك البائع؛ لتهمة الخلاص من مشاركته.

ومنها: قضية كلام المصنف وغيره القطع بقبول شهادة الوكيل لموكله بما

....

ليس بوكيل فيه، وقال المَاوَرْدِي: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لعدم تصرف فيه.

والثاني: لا؛ لأنه صار بالنيابة عن ذي الحق متهومًا، وذكر في نظيرها من الموصي له أنه يقبل وجهًا واحدًا، وفرَّق بأن الوكيل يجوز أن يتقرب بشهادته إلى موكله، بخلاف الموصي له، فصار الوكيل متهومًا والموصى له غير متهوم؛ لأنه لا يتقرب بها إلى الموصي بعد موته.

قلت: لكن قد يتقرب بها إلى الوارث ليعجل له الموصي به ولا ينازعه فيه أو يجحده، حيث لا بينة له بذلك، ولا سيما إذا خاف جحوده لو لم يشهد له، وأطلق في موضع بأن شهادة الوكيل تخرج من شهد على موكله غير مقبولة، فيحتمل أنها فيما إذا كانت في محل الوكالة أو أنه جواب منه على أحد الوجهين، والظاهر الأول؛ لأنه ذكره في فصل دفع الضرر.

ونقل ابن الرِّفْعَة كلام «الْحَاوِي» السابق بلفظ: إنه لو شهد الوصي للموصى عليه بما لم يكن له التصرف فيه سمعت بلا خلاف، ثم ذكر الفرق، والذي في «الْحَاوِي» ما ذكرته وذكر قبله أنه لا تجوز شهادة الوصي للموصي بعد موته لولايته على شهادته، وتجوز شهادته له قبل موته لعدم ولايته.

قلت: تهمة التقرب إلى الموصي موجودة كما سبق في الوكيل على رأي، بل أولى ولا سيما إذا كان قد قبل الوصاية قبل الموت وبدت أماراته على الموصي.

فَائِدَةٌ: في «الإشراق» في فصل الحيل المباحة: وكيل باع فأنكر المشتري الثمن للوكيل أن يشهد لموكله، ويشهد بأن له عليه كذا وكذا، قال: عندي أن هذه المسألة غلط، فإنها شهادة جارة نفعًا، فإنه يثبت لنفسه القبض ويسقط الضمان أيضًا؛ لأن الوكيل إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن يضمن كالبائع لا يشهد للمشتري؛ لأنه يسقط العهدة عن نفسه، انتهى.

وقال شُرَيْح الرُّويَانِي في باب الحيل المباحة: إذا باع الوكيل فأنكر المشتري

وَبِبَرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ.

الثمن كان للوكيل أن يشهد لموكله بالثمن، ولا يذكر أنه كان وكيلًا بذلك البيع، قال أبو عاصم العبادي: وهذا غلط، فإنه يزيل العهدة عن نفسه، انتهى.

والمغلط الهروي لشيخه العبادي، وهذا التغليط هفوة، والصواب: جواز هذه الشهادة له فيما بينه وبين الله؛ إذ الفصل معقود للتوصل إلى خلاص الحقوق بطريق مباح في الباطن على خلاف ما في الظاهر، وعجب قوله فإنه يثبت لنفسه القبض إلى آخره؛ إذ ليس في الكلام ما يدل على التسليم، ولا أنه سلم بلا إذن، ولو فرض ذلك فقرار الضمان على المشتري، فإذا تحقق الوكيل ملكية الموكل المبيع وطلب منه الشهادة له بالثمن من غير تعرض للشراء منه، ويبعد ذلك؛ لأنها شهادة صحيحة، وهو لا يثبت لنفسه قبضًا، ولا يضيف إليها شيئًا أصلًا، لا في حال الشهادة ولا بعدها، وقوله: كالبائع لا يشتري للمشتري ممنوع، بل له في الباطن أن يشهد له بالملك المنتقل منه إليه إذا علم بقاءه على ملكه لو لم يعلم زواله عنه، وهذا واضح، وإنما وقع الوهم من النظر إلى ما يتعلق بالأحكام الظاهرة والمغفلة عن المقصود، وهو التوصل إلى استخراج الحقوق على خلاف ما جرى في الظاهر، نعم قد يتوقف في جواز الشهادة للوكيل من وجه آخر، وهو أنه يحمل الحاكم على الحكم بشهادته التي لو ظهر له فيها باطن القضية لم يكن له الحكم بشهادته وكانت غير مسموعة، وقد سبق بحث في مثل هذا أو قريب منه.

قال: (**وَبِبَرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ**) أي: بأداء أو إبراء؛ لأنه يدفع بها الغرم عن نفسه، ويشبه أن في معناها ما لو شهد بجريان شرط يفسد البيع الذي ضمن الثمن فيه، أو باستحقاق أجنبي المبيع، وكل ما يخرج به نفسه من الضمان، وسبق عن «الْبَحْر»: إنه لو زعم الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه، وأحضر شاهدين أحدهما المضمون عنه، إن كان الضمان بغير إذنه صحت شهادته وإلا فلا.

قلت: ولم ينظر إلى رفع تهمة الأداء عنه ولا إلى أنه قد يرفع بعد الأداء إلى حاكم يرى أن له الرجوع عليه بذلك، كما هو مذهب مالك ورواية عن الإمام أحمد، كما لو ضمن بإذنه.

وَبِجِرَاحَةِ مُوَرِّثِهِ، وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَبِجِرَاحَةِ مُوَرِّثِهِ، وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) هاتان الصورتان ذكرهما في باب دعوى الدَّم، وشرحناهما ونعيده رجاء فائدة فنقول: إذا شهد غير أصل وفرع لمورثه يخرج قبل الاندمال، وهو مما يمكن أن يفضي إلى هلاكه، كما قيَّده الإمام لم تقبل، هكذا أطلقوه تبعًا لنصه في «الأم» في باب الشهادة في الخيانة حيث قال: وإذا ادَّعى رجل على رجل جراحًا عمدًا أو خطأ لم أقبل له شهادة وارث له بحال؛ لأنه قد يكون مهلكًا، فيستوجب بشهادته الدية.

وقال القاضي أبو علي الفارقي: إلا أن يكون على المجروح ديون تستغرق جميع التركة فيقبل؛ لأنه لا يجر بذلك إلى نفسه نفعًا، وتابعه صاحبه أبو سعد ابن أبي عصرون في «التَّنْبِيه» و«المرشد» نظر، وقد تقرب فيما إذا كان الدين مما لا يمكن الإبراء منه كالزكوات والكفارات وللوقوف العامة أو بيعه الإبراء كدين طفل ونحوه أمَّا لو كان لمطلق التصرف فقد يطمع في الإبراء والمصالحة والرضا بالبعض على تقدير موته، فتقوى التهمة، وسبق وجه في القبول والمشهور المنصوص، ووجهه المَاوَرْدِي بأمرين:

أحدهما: إنها قد تسري إلى النفس فيصير شاهدًا لنفسه.

والثاني: إن للورثة الاعتراض على المجروح ومنعه من التصرف فيما زاد على الثلث كما بعد موته، ولا تجوز شهادته بعد الموت، فكذا في المرض، وسبق الكلام على قبول الشهادة بعد اندمال الجرح، وأمَّا إذا شهد لمورثه المريض أو الجريح بمال قبل الاندمال، وقد صحح الرَّافِعِي القبول ونسبه هناك إلى الأكثرين، وذكرنا عن جماعات ترجيح المنع، وهو المنسوب إلى العراقيين والمختار، وأحسب الرَّافِعِي استند في ترجيح القبول إلى «التهذيب»، وفي النسبة إلى الأكثرين على دعوى الإمام والغزالي نفي الخلاف فيه.

قال في «الْبَسِيط» تبعًا لإمامه: ولا خلاف أنه لو شهد لمورثه في مرض

وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ. وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ بِفِسْقِ شُهُودِ دَيْنٍ آخَرَ.
وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا ....

الموت قبل إذا لم يكن بينهما بعضه، وليس كذلك، بل نقلا الوجهين هناك بلا ترجيح، والظاهر أن الجمهور على المنع، وفصَّل ابن أبي عصرون هاهنا أيضًا بين أن يكون عليه دين مستغرق أو لا، وفيه ما ذكرنا.

فَرْعٌ: شهد لأخيه بمال ثم مات المشهود له قبل استيفائه، والأخ وارثه، فإن كان بعد حكم الحاكم أخذه أو قبله فلا، كما لو شهد أن فلان قتل أخاه، وللمقتول ابن، ثم مات الابن وصار الأخ وارثًا بعد حكم الحاكم لا ينقض، وإن كان قبله لا يحكم، قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى».

قال: (**وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ**) أي: تحمله، كما صرَّح به هناك، والمسألة مكررة أيضًا، والرد بين إذا كانوا بصفة التحمل حال الشهادة، أمَّا لو كانوا من فقراء العاقلة الذين لا يتحملون قالا: فالنص المنع أيضًا، وإن كانوا من الأباعد، وفي الأقربين وفاءً بالواجب فالنص قبولهم، فقيل: فيهما قولان، ورجَّحت في «النهاية» و«الْبَسِيط»، ورجح الجمهور تقرير النصين، وسبق الفرق.

قال الدَّارِمِي: لو كان الجاني كافرًا والعاقلة مسلمين فعلى الطريقتين في الفقير، وكان الأحسن أن يقول المصنف: وتُرد شهادة العاقلة بفسق شهود ما تحمله ليدخل ما دون النفس، ويخرج ما لو شهدوا بفسق بينة العمد وبينة الإقرار بالخطأ؛ إذ لا تهمة.

قال: (**وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ بِفِسْقِ شُهُودِ دَيْنٍ آخَرَ**) لتهمة دفع ضرر المزاحمة، وفي حكم هذا ما لو شهدوا بالإبراء من دين كتاب على المفلس أو قبضه ونحو ذلك من هذا النوع: شهادة السيد تخرج من شهد على عبده، أو مكاتبه، أو الوكيل، يخرج من شهد على موكله، كذا أطلقه الـمَاوَرْدِي، وكأنه فيما إذا كانت الشهادة في محل تصرفه، أمَّا في غيره فالصحيح القبول وشهادة الوصي بالإبراء من دين على الموصي أو بفسق شهوده، ونظائر هذا كثيرة واضحة.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا**) أي: المشهود لهما.

لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرِكَةِ قُبِلَتْ الشَّهَادَتَانِ فِي الْأَصَحِّ.

(لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرِكَةِ قُبِلَتْ الشَّهَادَتَانِ فِي الْأَصَحِّ) قال الرَّافِعِي بعد التصوير: فعن صاحب «التقريب» أنها لا تقبل لتهمة المواطأة، ويقال: أنها رواية الربيع عن النص، ومذهب أبي حنيفة، وليكن المنع المطلق فيما إذا شهد الآخران قبل أن يحكم القاضي بشهادة الأولين، فإن حكم ثم شهد الآخران فيجوز أن يختص المنع بالآخرين، ويجوز أن يجعل بمثابة ما إذا بان فسق الشهود بعد الحكم.

قال: والصحيح قبول الشهادتين؛ لأن كل بينة منفصلة عن الأخرى، ولا يجر شاهد بشهادته نفعًا إلى نفسه، ولا تدفع عنها ضررًا، وكذلك يقول في رفقاء القافلة يجوز أن يشهد بعضهم لبعض في قطع الطريق إذا قال: كل واحد منهم أخذ مال فلان، ولم يقل أخذ مالنا على ما هو مذكور في باب قاطع الطريق، انتهى.

وهو متبع في ترجيح قبول الشهادتين للإمام والغزالي.

قال في «الْبَسِيط»: وما ذكره صاحب «التقريب» لا أصل له، ولم يعرف في كتاب آخر، بل يجب القطع بالقبول، واستشهد بما ذكروه في مسألة الرفقة والقطاع.

وقال في «النهاية»: قال صاحب «التقريب»: قال الشَّافِعِي: لا تقبل شهادتهما فإنهم متهمون، قال صاحب «التقريب»: كذلك لو كان لرجل ديون على طائفة من الغرماء ولقوم عليهم ديون أيضًا فتناوبوا في الشهادة على الصورة التي ذكرناها فالشهادة مردودة، وعندي أن ما ذكره صاحب «التقريب» مشكل، والقياس القطع بالقبول، ومن أحكم الأصول لم يخف عليه ما ذكرناه، ولم أر ما حكاه صاحب «التقريب» في شيء من الكتب.

قال ابن الرِّفْعَة: حكاه القاضي الحسين في «تعليقه»، قال: إن أصحابنا قالوا لو شهد بعضهم لبعض بالدين على رجل واحد، نظر إن كان الرجل مفلسًا لا تقبل؛ لأنهم يشتركون في ماله، وإن لم يكن مفلسًا قبلت، وهذا على ظاهر

....

المذهب الذي لا تقبل شهادة الشريك في حصةِ شريكه إذا كان له فيه شرك، انتهى.

والظاهر أن النص المشار إليه في رواية الربيع قول الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين من «الأم» وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم يجز؛ لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم، هذا لفظه رضي الله عنه.

وقال العبادي، وأبو سعد الهروي، والقاضي شُرَيْح الرُّويَانِي:

قال الشَّافِعِي في رواية الربيع، وهو قول أبي حنيفة وجواب الزجاجي: إن هذه البينة لا تُسمع؛ لتهمة المواطأة، وجوَّز الثقفي ذلك، قال الهروي: وهو قياس المسألة السابقة يشير إلى قول العبادي: إنه إذا شهد اثنان أن للميت على هذين ألف درهم، وشهد المشهود عليهما على الشاهدين بألف للميت جازت الشهادتان، وثبت ألفان، قال الهروي: في الشهادة الثانية قليل إشكال؛ لأن شهادة الأولين عليهما غاظتهما وأوغرت صدورهما، فأورثت تهمة، قال: والمسألة الثانية تؤكد ما قلته من التحريم، ثم ذكر مسألة الوصية السابقة عن النص، وإذا عرفت هذا توقفت في ترجيح الشيخين القبول في صورة الكتاب من حيث النقل.

فَرْعٌ: قال الرُّويَانِي: لو شهد فقيران أن له هذا المال من أول الحول إلى آخره، فإن كانا من جيران المال لا تقبل للتهمة، وإن كانا بعيدين فوجهان خوفًا من التهمة بأن تؤول الصدقة إليهما.

قلت: والصحيح القبول، ويظهر أن موضع القطع بالمنع في الجيران فيما إذا كان فقراء البلد محصورين، وأوجبنا الاستيعاب أمَّا في غيرها فيظهر جريان خلاف في القبول وسيأتي عن «التهذيب»: إنه لو شهد عدلان من الفقراء أن فلانًا أوصى بثلث ماله للفقراء تقبل شهادتهما.

فروع يختم بها الفصل:

ذكر العبادي وبايعه شُرَيْح الرُّويَانِي والهروي والرافعي: إنه لو كان لميت

....

دين على شخصين فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنه لم تُقبل شهادة الغريمين؛ لأنهما ينقلان ما وجب للأخ عليهما إلى من شهدا له بالبنوة، بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين وأنه لا تقبل شهادة الوارثين بموت المورث، ولا شهادة الموصي له بموت الموصي.

قلت: ولا شهادة الموصى إليه بموت الموصي كما صرَّح به غيرهم، وتقبل شهادة الغريمين على موت رب الدين؛ لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، قاله العبادي، قال الهروي: وفيه إشكال؛ لأنه لزمهما التسليم إلى المورث، فإذا شهدا بموته فقد نقلا التسليم إلى وارثه، ولا تقبل شهادة من ينقل حق زيد عليه إلى عمرو، قال: إلا أنه هكذا ذكر العبادي، والمعنى فيه أن وارثه خليفته، فكأنه هو وعبارة الرَّافِعِي عن كلام الهروي ولا ينظر هاهنا إلى نقل الحق من شخص؛ لأن الوارث خليفة الموروث فكأنه هو.

قلت: لعلَّ مراد العبادي بقوله: لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة أنها لا تنقل الدين من ذمتهما على كل تقدير، فتأمله.

ذكر شُرَيْح أنه لو كان بيده شيء فشهد أن فلانًا الذي كان يملكه تصدق به على فلان، فقد قيل: يقبل إن كان المشهود له حاضرًا ولا يقبل إن كان غائبًا؛ لأنه متهم، وقال الإصطخري: يحتمل ألَّا يقبل أصلًا؛ لأنه يدفع عن نفسه ضمانه، فمن ادَّعى أنه ملكه، عن «الْبَحْر»: إنه لو ادَّعى على آخر شيئًا في يده، وأقام بينة، فأقام المدعى عليه شاهدين على أن الشيء له، فعاد شهود المدعي وشهود وأخرجهما فالأظهر قبول هذه البينة؛ إذ لا مانع منه من قرابة وعداوة وغيرهما، وقيل: لا تقبل؛ لأنها متهمة في تنفيذ شهادتها، وضعَّفه بقبول تعديل الفروع شاهد الأصل، وبقبول شهادة الابن مع أبيه مع وجود التهمة المذكورة في هذين الموضعين.

قلت: ويحتمل أن يفرق بين أن يخرجا محتسبين، أو عن مسألة لهما من الحاكم، أو طلب المشهود له؛ لأنا وإن قبلنا الجرح حسبه في الجملة، فالتهمة هنا فيها قوية، بخلاف ما إذا خرجا مسؤولين فلا وجه للرد، وكذا يقال في

....

تزكية شاهد الفرع لأصله: ولا يتضح كون شهادة الابن مع أبيه من هذا الطرز.

قال ابن الرِّفْعَة: والحق في «التهذيب» و«الْكَافِي» في باب قاطع الطريق: تقسم الشهادة الجارة نفعًا ما إذا شهد اثنان من الفقراء بأن فلانًا أوصى بثلث ماله لنا معشر الفقراء، والماسرجسي وغيره ألحقوا ما إذا شهد اثنان أنه أوصى بوصية لنا فيها نصيب أو إشراف، نعم؛ لو قال الفقير: أشهد أنه أوصى بثلث ماله للفقراء، قبلت، قاله في «التهذيب» و«الْكَافِي»؛ لأنه لا يتعين الصرف إليه، وكذا لو قال الآخران: نشهد بالوصية سوى ما يتعلق بنا من المال والإشراف، قبلت شهادتهما، كما حكاه الرَّافِعِي ثم انتهى.

وعبارة «التهذيب» في الصورة الثانية: ولو شهد عدلان من الفقراء أن فلانًا أوصى للفقراء بثلث ماله، يقبل، زاد في «التعليق»: ويدخلان فيها.

قلت: ويتعين كون الصورة فيما إذا كان الفقراء غير محصورين، أمَّا لو كانوا محصورين فلا تقبل لقوة التهمة، ولا سيما إذا قلُّوا وكثر الموصى به، وقدمنا خلافًا في جواز نقل الوصية عن بلدها، ويظهر الرد إذا منعنا النقل، وكان الموصى به مما ينالهما منه نصيب؛ لكثرته وقلة الفقراء.

قال المَاوَرْدِي في كتاب «الإقرار»: لو قال: استعرت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو، سمعت شهادته لعمرو؛ لأن شهادة المستعير مسموعة، انتهى.

ولم أره لغيره، وفي النفس منه شيء، ولا سيما إذا كان قد توجه عليه ضمان بسبب انهدام أو غيره، وقضية إطلاقه قبولها للمعير، وهو بعيد حيث يقتضي الحال تضمنه أو لا يقتضيه، والإعارة باقية، وينبغي ألا يقبل جرحه شهود المدعي للتهمة المذكورة، والأقرب أن مراده أنها مسموعة على المعير لا له.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْبَغَوِي: لو حلف بالطلاق أنه لا يبيع عبده من امرأته، ولا من غيرها فباعه من غيرها فجاء المشتري، وشهد عند القاضي أنه باعه مني وحنث، لم تقبل، وكذا لو كان حلف لا يبيع من امرأته، ولا ممن يبيع منها، فشهد رجل أنه باعه مني وأنا بعته منها، لا يثبت، وإن شهد مطلقًا أنه باع العبد

....

وحرمت عليه المرأة ولم يضف إلى نفسه، تقبل.

قلت: يجب عليه أن يشهد لذلك إذا كان معه من يكمل به البينة، قال: ولو قال: باعه ولم يقل: حرمت المرأة عليه لا يحكم بالطلاق، فلو سأله القاضي حين شهد على البيع من فلان هل هذه المرأة محرمة عليه؟ فقال: لا أدري لا يحكم بالطلاق، فلو شهد بعد ذلك مطلقًا أنها محرمة عليه يقبل؛ لأن امتناع الحكم بشهادته في الابتداء لم يكن لنقص فيه، بل لأنه لم يكملها وقد أكملها الآن.

قلت: وفي بعض ما قاله نظر، وربما سبق ما ينازع فيه، والله أعلم.

فَرْعٌ: لا يثبت قطع الطريق إلا بشهادة رجلين، ويشترط في الشهادة التفصيل وتعيين قاطع الطريق، ومن قتله، ومن أخذ ماله، ويقاس صوره بما ذكر في الشهادة على السرقة، ولو شهد اثنان من الرفقة ولم يتعرضا لقصد المشهود عليه لهما نفسًا ولا مالًا قبلت شهادتهما.

قال الإمام وتبعه الشيخان: وليس على القاضي أن يبحث عنهما هل هما من أهل الرفقة أم لا؟ فإن بحث فلهما ألَّا يجيبا، وإن بنيا على الشهادة، وإن قالا: قطع هذا أو هؤلاء علينا الطريق فأخذوا مالنا أو مال رفقتنا، رُدَّا في حق أنفسهما، وكذا في حق غيرهما على المذهب، وقيل في حق غيرهما قولان، انتهى.

وعبارة «الْبَسِيط»: وليس القاضي أن يبحث ويقول: هل أنتم من أهل الرفقة؟

وفي «التَّرْغِيب»: وليس له أن يكشف أحوالهم؛ إذ يتعذر كل التعذر، أي: إثبات ذلك بشهادة غيرهم، ولفظ «مقنع» الْمحَامِلِيّ: وليس للحاكم أن يقول: هل نالوا منكم شيئًا أم لا؟ ولفظ نص «المختصر»: وليس على الإمام أن يكشفهما عن غير ذلك.

قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وليس على القاضي أن

وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ وَلَا فَرْعٍ ....

يستكشف ويبحث هل أنتم من أهل الرفقة أم لا؟ والضرورة ألجأتنا إلى قبول شهادتهما؛ لأنه لا يطّلع على قطع الطريق إلا أهل الرفقة، انتهى.

وقال الدَّارِمي: إن ادَّعى عليهم فأنكروا حلفوا، فأقامت عليهم بينة أو أقروا فذاك، وإن شهد شاهدان من أهل الرفقة عليهم لم يقبلا، فإن زالت العداوة وأبرأهم فقد قيل: تقبل، وقيل: لا تقبل، ويسعهم أن يشهدوا أن هؤلاء عرضوا لهؤلاء ففعلوا بهم كذا، وليس عليه أن يسألهم أكنتم فيهم أم لا؟ فإن قالوا كنا معهم، لم تقبل حتى يعلم أنهم لم يقصدوا بالقطع ولا عداوة، ويصفون المتاع المأخوذ كالسرقة، انتهى.

وكلامه يشعر بأن علم الحاكم بكون الشاهدين من أهل الفرقة يوجب التوقف عن الحكم بشهادتهما، حتى يعلم أنهما لم يقصدا بالقطع، وكلام غيره مصرَّح بأن هذا بمجرده لا يضر إذا لم يصتفيا إلى أنفسهما شيئًا خصوصًا ولا عمومًا.

قال: (**وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ**) أي: وإن علاه.

(**وَلَا فَرْعٍ**) أي: وإن سفل، سواء منهما الوارث وغيره، قال: تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة هنا حاصلة لشدة الميل والمحبة، وقال تعالى: ﴿وَجَعَلُواْ لَهُۥ مِنْ عِبَادِهِۦ جُزْءًا﴾ [الزخرف: ١٥] أي: ولدًا.

وفي «الصحيحين»: «**فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي**»(١) والبَضعة ـ بفتح الباء ـ القطعة، فشهادته لولده كشهادته، وأمَّا حديث: «**لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا المولى لعبده ولا الأجير لمستأجره**»(٢) ذكره من ألف في الموضوعات ونحوها من علماء الحديث،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٢٦، رقم ١٨٩٣٣)، والبخاري (٣/ ١٣٦٤، رقم ٣٥٢٣)، ومسلم (٤/ ١٩٠٣، رقم ٢٤٤٩)، وأبو داود (٢/ ٢٢٥، رقم ٢٠٦٩)، وابن ماجه (١/ ٦٤٤، رقم ١٩٩٩). وابن حبان (١٥/ ٤٠٧، رقم ٦٩٥٦).

(٢) قال الزيلعي: قُلْت: غَرِيبٌ، وَهُوَ فِي مُصَنَّفِ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ، وَعَبْدِ الرَّزَّاقِ مِنْ قَوْلِ شُرَيْحٍ، قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ جَابِرٍ عَنْ عَامِرٍ عَنْ شُرَيْحٍ، قَالَ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الِابْنِ لِأَبِيهِ، =

....

واحتج به صاحب «البيان» وغيره في مسألتنا، قال: رواه التاجي بإسناده إلى قوله: «**والولد لولده**» ثم قال: قال التاجي: وهذا لا يثبته أهل النقل. وروى ابن القاص عند القديم أنها تقبل، وحكاه الْفُورَانِي وجهًا لبعض أصحابنا، وبه قال الْمُزَنِيّ وأبو ثور وابن المنذر؛ لأن الشخص لا يكون صادقًا في شيء دون شيء، ورد تمنع شهادته لنفسه.

وأشار الشَّافِعِي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ في «الأم» إلى نقل الإجماع على المنع حيث قال: ولا تجوز شهادة الوالد لولده ولا لبني بنيه ولا لبني بناته وإن سفلوا ولا لآبائه، وهذا ما لا أعرف فيه خلافًا. هذا نصه، ويشير بهذه العبارة إلى نقل الإجماع كما استقرأته من كلامه، وإنما يعبر بهذه العبارة تورعًا.

إشارات: عرف من إطلاق المصنف أنه لا تقبل تزكية الوالد لولده، وهو الأصح ولا شهادته له بالرشد، سواء كان في حجره أم لا، وإن أخذ بإقراره برشد محجوره كما تقدم، وسبق في «أدب القضاء»: إنه لو شهد لأحد ابنيه أو أبويه على الآخر ذكر خلاف في القبول.

وقضية إطلاق المصنف وغيره المنع، وجزم ابن عبد السلام في «قواعده» بأنه لو شهد لأحد ابنيه على الآخر قُبِل؛ لأن الوازع الطبيعي قد تعارض، فظهر الصدق لضعف التهمة المتعارضة.

قلت: ويقوى الجزم بالقبول إذا شهد لأصل أو فرع قريب مع سلامة الحال بينه وبين المشهود عليه، كما لو شهد لبنت بنت بنته مثلًا على ولده الطفل الذي في حجره.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو ادَّعى عليه نسب ولد، فأنكر، فشهد أبوه وأجنبي على إقراره، قُبِلت شهادة الأب في الأصح، وإن كان في

=

وَلَا الْأَبِ لِابْنِهِ، وَلَا الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا، وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ، وَلَا الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِي شَيْءٍ بَيْنَهُمَا لَكِنْ فِي غَيْرِهِ، وَلَا الْأَجِيرِ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ، وَلَا الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ انْتَهَى.
وَقَالَ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ ثَنَا سُفْيَانُ بِهِ، وَأَخْرَجَا نَحْوَهُ عَنْ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ، وَقَالَ فِي "الْخُلَاصَةِ": رَوَاهُ الْخَصَّافُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ. [نصب الراية ٩/ ٤٦٧].

وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا ....

ضمنه الشهادة لحفيده.

قال: (**وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا**) لانتفاء التهمة، وفي قول أو وجه: لا يقبل على أصله بما يقتضي قصاصًا أو حد قذف، والصحيح القبول.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: الجزم بأنه لو شهد على عمه أو أبيه بقتل يوجب القصاص أو بالزنا وهو محصن، وكان وارثه.

قال الشيخ الْقَفَّال: لا تقبل؛ لأنه متهم بجر ميراثه، ويجري الخلاف فيما لو شهد بردته أو جرايته بالنسبة إلى القتل أو القطع دون المال، وفيما لو شهد عليه بحد لله تعالى؛ كالزنا وشرب الخمر.

والحاصل أنه إذا شهد عليه بما يوجب حدًا أو قتلًا أو قطعًا ففيه طريقان بالقبول، فيه قولان أو وجهان: أصحهما: القبول، ولو كان بينهما عداوة، فهل يرد كالأجنبي أو لا؟ لأن الوازع الطبعي يمنعه من الشهادة عليه بالباطل، بخلاف الأجنبي، فيه احتمال يقرب مما سبق في إجبار الأب البكر في هذه الحالة.

فَرْعٌ: لو شهد ولده بتوكيله لزيد في بعض حقوقه.

قال المَاوَرْدِي: قلت: لأنهما يشهدان على أبيهما، وجزم الْمحَامِلِيّ والبندنيجي بالمنع؛ لأنها شهادة له، فإنهما يثبتان له تصرفًا عن الموكل، وحكاه ابن الصباغ عن بعض الأصحاب، ثم قال: وفيه نظر؛ لأن هذه وكالة تثبت بقول الموكل، يستحق الوكيل بذلك المطالبة بالحق، وما يثبت بقوله يثبت بشهادة القرابة عليه كالإقرار، انتهى.

ولا شك أنه لو كان الموكل حاضرًا وأنكر التوكيل في القبض الواقع يروم به الرجوع على خصمه أن شهادتهما عليه بالتوكل مقبولة، وإنما التردد فيما إذا كان غائبًا والوكيل يروم القبض له بشهادتهما.

فَرْعٌ: في «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي: إذا شهدا على مولي أمهما أنها أعتقته على ألف تسمع في العتق، وهل تسمع في الألف؟ فيه قولان سواء أدَّعت أم أنكرت، انتهى.

وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ.

وهذا ذكره العبادي في «أدب القضاء»، هكذا قال: صاحبه أبو سعد الهروي في «الإشراق»، وأنا قد بينت أنه يفصل بين ما لو سبق منها الدعوى أو لم تسبق على ما حكيته عن القاضي الإمام الحسين، انتهى وهذا هو القياس.

فَرْعٌ: قال القاضي أبو سعد الهروي في «الإشراف»: إذا ادَّعى شراء جارية من يد إنسان غير معين، وإن ذلك المشتري قبل ذلك كان قد اشتراها من ذي اليد بكذا، أو تسلمها ثم باعها من المدعي بكذا، وذكر الشاهدان تسليم الجارية إلى المشتري الثاني أو لم يذكراه فشهد به أبناء صاحب اليد، وقد أنكر أبوهما ذلك، وأنكره أيضًا المشتري الأول قبلت الشهادة في أصح القولين؛ لأن المشهود له في الحال أجنبي من الشاهد، والثاني: لا يقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما في الأصل ولم يرجح شُرَيْح في «روضته» شيئًا.

وقال الرَّافِعِي: عبد في يد زيد ادَّعى مدع أنه اشتراه من عمرو، وبعدما اشتراه عمرو من زيد صاحب اليد وقبضه وطالبه بالتسليم، فأنكر زيد جميع ذلك، فشهد ابناه للمدعي بما يقوله، حكى القاضي أبو سعد فيه قولين: أصحهما: القبول، انتهى. فتأمله مع عبارة الهروي.

قال: **(وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ)** أي: والجديد كما صرَّح به جماعة في صورة القذف، منهم صاحب «المهذب».

وفي «الشامل»: إن قول السماع فيها هو القديم، ونسب المَاوَرْدِي في كتاب «اللعان» القولين في الصورتين إلى القديم، وأن الـمُزَنِيّ نقلهما في «جامعه الكبير»، واختار السماع.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي أنه نص في «الأم»: إنه لو شهد على أبيه بقذف ضرة أمه أنه يقبل، فأطلق ذلك، وقال: إنه إذا شهد أنه طلَّق ضرة أمه، قد قيل: لا يقبل.

قال الْبَنْدَنِيجِي: ولا فرق بين شهادته بطلاقها وقذفها، فالكل على قولين، وهذا منه يفهم أنهما بالنقل والتخريج.

....

وحكى الإمام القولين في صورة القذف عن الجامع، وإن أظهرهما القبول، وإن العراقيين ألحقوا بذلك شهادته بطلاقها، ولا شك أن المسألة كالمسألة والطلاق أوقع إن كان لهذه التهمة موقع في رد الشهادة، ولا وجه لقول الرد فيهما، أي: لضعف تهمة تقع لهما بذلك، وفي «الإشراف» نقل القولين عن الجامع في صورة القذف، وأن القبول اختيار الشَّافِعِي.

قال: ولا معنى لاعتبار النفع إلى الأم؛ لأنه مهما أراد طلقها أو نكح عليها مع إمساكها، ثم قال: وهكذا لو شهدا بطلاقها، فعلى قولين.

قال أبو بكر: يجب ألَّا تسمع هذه الشهادة، وأنا قد ذكرت التفصيل الذي عليه تعويلي واعتمادي، وعنى ما قدَّمه عن شيخه القاضي الحسين فيما إذا شهد بأن امرأة أبيه قد زنت كما سيأتي، وعنى بأبي الْقَفَّال الشاشي وافهم أنه قطع بعدم سماع الشهادة بالطلاق من غير تجريح على القولين في القذف، ويخرج مما سقناه أقوال، ووقع في «روضة الحكام» تخبط في النقل ذكرته في «الْغَنِيَّة».

تنبيهات وفُرُوعٌ:

منها: صور في القواعد المسألة بما إذا شهد أنه طلقها ثلاثًا، وهو حسن يشعر بأنهما لو شهدا بطلاق رجعي قبلا قطعًا.

ومنها: محل الخلاف في الصورتين إذا كانت أمهما تحته، ولو ادَّعت الضرة أنه قذفها بما يحد به فأنكر فشهدا عليه بطلبها فلا يجئ هنا خلاف تهمة نفع الأم، ويجئ الخلاف السابق في قبول شهادتهما عليه به، ولو ادَّعت الطلاق أو الخلع فأنكر فشهدا لها بذلك، فالوجه القبول قطعًا، كما أشار إليه الهروي، ولو ادَّعى الأب طلاقها في زمن سابق ليسقط ما يدعيه عليه من نفقة ماضية ونحوها أو أنها خالعته على مال بذلته له، فشهد له ابناه لم يقبلا قطعًا بالنسبة لمال، وتقع الفرقة باعترافه قطعًا.

ومنها: في «روضة الحكام»: لو شهد برده زوجه قبل الدخول، وأم الشاهد ميتة، وكان الأب يدعيه لم تقبل؛ لأنه يشهد بسقوط المهر عن أبيه،

....

وإن كان الأب يجحد قبلت شهادته؛ لأنها شهادة على الأب بالتحريم.

ومنها: قال الرَّافِعِي تبعًا للهروي: لو ادَّعت امرأة الطلاق وشهد لها ابناها لم تقبل، ولو شهدا ابتداء حسبة قبلت، وكذلك الرضاع، هكذا أطلقا، وكلام بعضهم يشعر بتصويرها في زوج أجنبي، ويحتمل أن يجئ في شهادتهما على أبيهما ما أشرنا إليه قريبًا، وقدمناه في «أدب القضاء» والظاهر عدم الفرق في هذه الصورة، وفي الأب صورها غيرهما، وذكرها الْقَفَّال، كذلك في «الفتاوى».

وقال أبو الفضل الكرخي: إنه لا تقبل شهادتهما حسبة؛ لأن فيها الدرء عن الأم، وهي نفع إلا أنه يتمشى هذا خاصة إذا كانت الأم منكوحة لغير الأب، انتهى.

وما أبداه محتمل، ويحتمل أن يقال: إذا كان الحال بين الأم والزوج صالحًا فشهدا حسبة بطلاقها قبلا، وإن كان الحال بينهما فاسدًا وهي تروم فراقه، ويبعد أنهما لو شهدا بعتق أمهما حسبة أن شهادتهما تقبل.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لو شهد ابناه عليه بأنه قذف أمهما لم تسمع، وإن كان الأب معترفًا بالقذف فشهد ابناها منه بإقرارها بالزنا، لم تسمع، ولو شهد أربعة من بنيها عليها بالزنا.

قال المَاوَرْدِي: لم يسقط الحد عن الأب، وفي وجوبه على الأم قولان مبنيان على القولين في تبعيض الشهادة، وهذا بناه على الصحيح في قبول شهادته على الأب بما يوجب العقوبة، إلا أن يخص الخلاف بحق الآدمي، فحينئذ يكون هنا بلا خلاف، وكلام الإمام هاهنا يقتضي تعميمه وهو ما أفهمه كلام الْبَنْدَنِيجِي وغيره، انتهى.

وفي «الذَّخَائِر»: قال الشيخ أبو حامد الإسفرائيني: في قبولها في الحدود والقصاص قولان، وذكر غيره نحوه. والحاصل أن شهادته عليه في غير العقوبات قولان، ثم حكى عن النص: إنهما لو شهدا على أبيهما أنه قذف أمهما وأجنبية، قبلت للأجنبية ولم تقبل للأم، قال: والقبول هو الصحيح.

وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ قُبِلَتْ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الْأَظْهَرِ.

ومنها: قال العبادي وشريح الرُّويَانِي: إذا شهد مع ثلاثة بأن امرأة ابنه زنت، نظر فإن سبق من الابن قذف لم تقبل؛ لأنه شهد لابنه، وإن لم يكن الابن قذفها قبلت.

قال أبو سعد الهروي: أو سبق القذف من الابن، وطولب بالحد فادَّعى زناها لإسقاط الحد عن نفسه لا تقبل هذه الشهادة، فأمَّا إذا لم يدع هو زناها ولا طولب بالحد، فإن شهادة الحسبة على الزنا مقبولة، وتبعه الرَّافِعِي فقال: ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنا فإن سبق من الابن قذف وطولب بالحد، فحاول إقامة البينة لدفع الحد عن نفسه لم تقبل شهادة الأب، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد وشهد الأب حسبة، قبلت شهادته.

قلت: قبوله حسبة حيث لم يعلم قذف الابن أو حيث لم يقذف واضح، أمَّا لو علم بقذفه ففي قبوله حسبة، وإن لم يطالب الولد بحد القذف ففي قبوله نظر لا يخفى.

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ قُبِلَتْ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الْأَظْهَرِ**) عبارة الرَّافِعِي: فيه وجهان، ويقال: قولان، والخلاف كالخلاف المشهور في تفريق الصفقة، بل هو هو، وقال: قيل هذا أنه لا تقبل شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه بأن يقول: هذه الدار أو العبد بيننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، انتهى.

وكان الفساد في الصورة الأولى من جهة الصنعة المذكورة، أمَّا لو قال: أشهد أن هذه الدار لزيد ولي، فيحتمل أن يكون كقوله هي لزيد وأجنبي، حتى يجري الخلاف في تفريق الصفقة في نصيب شريكه.

واعلم أن قضية كلام الرَّافِعِي في صورة الكتاب أنه إذا قال: هذا العبد أو الدار لابني ولفلان أنه يحكم للأجنبي بالنصف على الأظهر بمجرد ذلك، وفيه وقفة، بخلاف ما إذا صرَّح بالتنصيف أو غيره، وإن قلنا بالمشهور أنه إذا قال: هذه الدار لي ولزيد وعمر أنه يحمل على التنصيف؛ لأن باب الشهادة أضيق من باب الإقرار، فيصان عن الإحمال والاحتمال، ولا يقنع فيها إلا بالتنصيص

قُلْت: وَتُقْبَلُ لِكُلٍّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ وَلِأَخٍ وَصَدِيقٍ، والله أَعْلَمُ.

والتعيين، وقد يمر بالباب فرق بين قوله لابني ولفلان وبين عكسه.

وقال في «التَّرْغِيب» إثر كلامه على شهادة بعض الرفقة لبعض على القطاع مستدلًا كما في العبد المشترك إذا قتله إنسان فشهد أحدهما أنه قتل العبد المشترك بيننا لا تسمع، وإن قال: قتل العبد الذي فيه شركة لهذا، وشهد شريكه كذا، وذكر هنا أن كل شهادة له ولغيره فيها حق إذا لم يتعرض لنفسه قبلت، والقياس في شهادة الشريك كذا إلا أن الرد أولى، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: ولا تقبل شهادته بمال الشركة لا في حصته، ولا في حصة شريكه.

قال: (**قُلْت: وَتُقْبَلُ لِكُلٍّ مِنْ الزَّوْجَيْنِ**) أي: شهادة الآخر كالأجير والمستأجر، هذا ما أورده جماعة، ورجَّحه الْبَغَوِي وغيره، ونقله في «الذَّخَائِر» عن العراقيين مطلقًا.

قال: وحكى الخراسانيون ثلاثة أقوال كالأقوال في قطع السرقة:

أظهرها: القبول كالأجير، وثانيها: المنع؛ لأن كل واحد منهما وارث لا يحجب فأشبها الأب، والثالث: تُقبل شهادته لها دون عكسه؛ لأن لها النفقة عليه فهي متهمة.

قال شُرَيْح في «روضته»: وقد قيل تقبل شهادتها إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا فوجهان، وقيل: إذا شهدت له بمال هو قدر قوتها ذلك اليوم، ولا مال للزوج غيره لم تقبل؛ لأن النفع يعود إليها يقينًا، وإن كان في غير هذه الحالة قبلت؛ لأنه لا يتحقق عود النفع إليها.

فَرْعٌ: تقبل شهادة أحدهما على الآخر؛ إذ لا تهمة إلا شهادته بزناها، وظاهر كلام الماوردي أن الزوجة إذا زنت على فراشه أن شهادته لا تقبل عليها مطلقًا؛ لحصول العداوة.

قال: (**وَلِأَخٍ وَصَدِيقٍ، والله أَعْلَمُ**) لضعف التهمة، ونبّه الشيخ بالأخ على جميع الحواشي، وهم من عدا الأصول والفروع، ولا خلاف عندنا في ذلك،

وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ، ....

وسواء شهد له بالنسب أو بغيره، ولا عبرة بأبوة الرضاع ولا ببنوته، وسواء عندنا الصديق الملاطف وغيره، خلافًا لمالك، وما قاله محتمل جدًا؛ لا سيما عند ظهور شدة الصداقة والمحبة المفرطة، ومن هذا حالة قد تربوا بهمته على التهمة في حق كبير من أصوله، وقد لوَّح الإمام باحتمال في المسألة فقال: ولو طرد طارد القياس الذي يبتدره الوهم فجعل الصداقة ضد العداوة.

وقال شهادة الصديق مردودة، وهي عليه مقبولة، ولكن الفرق أن الصديق الصدوق إذا كان عدلًا لا يحب لصديقه إلا ما يحب لنفسه، والعدل الرضا لا يؤثر لنفسه إلا الخير، فالصداقة تحمل على طلب الخير للصديق، والعداوة تحمل على طلب الشر للعدو، انتهى.

ولا يخفى ما في هذا الفرق من الضعف، ولو انقطع إلى كيف رجل ينفق عليه لم يمنع بذلك قبوله له عندنا، وفيه ما رمزت إليه على أن الإمام أحمد وأبا داود أخرجا من حديث عمرو بن شعيب مرفوعًا: «**ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت**»[(١)] والقانع من ينفق عليه أهل البيت، وذكره صاحب «الإلمام» ولفظه: «ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم» رواه أبو داود والترمذي من حديث عائشة مثله. وهذا إن ثبت وجب إتباعه، ولا مدفع له، وسمعت عن بعض متأخرينا أنه قال في تصنيف له: ولا تقبل شهادة الفاسق لمعشوقه، وما ذكره ظاهره، فإذا ثبت أن شخصًا مشغوفًا بامرأة أو أمرد ولم يظهر منه ما يقدح في عدالته أن شهادته لا تقبل؛ لشدة التهمة.

فَرْعٌ: شهادة المولي من أعلى وأسفل قبلها جمهور الأئمة، ومنعها شُرَيْح التابعي وأنكرها علي رضي الله عنه.

قال: (**وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ**) أي: لرواية أبي هريرة: «**لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة**»[(٢)] قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٢٠، رقم ١٥٣٦٤)، وأحمد (٢/ ٢٠٤، رقم ٦٨٩٩).

(٢) تقدم تخريجه.

وَهُوَ مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ، وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ، ....

والظنة: التهمة، والحنة: العداوة، وفي «الذَّخَائِر» وغيره: ولا ذي أحنة.

قال: وذو الأحنة هو العدو، وقال الإمام أحمد: حدثنا عبد الرزاق ثنا محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله ابن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ قال: قال رسول الله ﷺ «**لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت وتجوز شهادته لغيرهم**»[١] ومحمد بن راشد هذا هو المكحولي، قال عبد الرزاق: ما رأيت أحدًا أروع في الحديث منه، وفي رواية: أو أشد توفيًا، وقال يحيى: ثقة، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال ابن المبارك: صدوق، وأراه أتهم بالغدر، وقال الإمام أحمد: ثقة، ثقة، وأطلت الكلام عليه في «الْغَنِيَّة»، وذي الغمر: من بينه وبين المشهود عليه عداوة ظاهرة.

وقال الصَّيْمَرِيّ: ذو الغمر هو ذو الحقد، . والغِمْر بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وبعدها راء مهملة، قال أبو داود: هو الأحنة والشحناء، وقال غيره: العداوة، قال القاضي الحسين: ويروى: ولا ذي ظعن.

قال: (**وَهُوَ مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ، وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ**) هذا التفسير لخصه في «المحرر» و«الشرحين» من كلام الغزالي لكن الغزالي لم يذكر تمني زوال النعمة في كتبه الثلاثة.

قال الرَّافِعِي: وقد تكون العداوة من الجانبين، وقد تكون من أحدهما فيختص برد شهادته على الآخر، فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب ما يوجب الفسق، فهو مردود الشهادة على الإطلاق.

واعلم أني لم أر هذا التفسير للعداوة المانع من قبول الشهادة، كما ذكره الرَّافِعِي، وتبعه الشيخ إلا الرَّافِعِي، وقضيته: إنها إذا لم تبلغ الحد المذكور، ولا يمنع القبول، وفيه نظر يعرف مما سنورده.

وعبارة «الْبَسِيط»: وقد لا تستند العداوة إلى فعل يفسق به، فرب عداوة

---

(١) تقدم تخريجه.

....

عن عصبية موروثه أو سبب قديم يترشح في النفس، بحيث يحبب إليه مساءات المعادي، ويحزن بمسراته، ويفرح له بكل شر، ويحزن بكل خير يناله، انتهى.

وقال الإمام: والعداوة التي نعنيها ونحكم بأنها توجب رد الشهادة من غير فسق هي العداوة الجبلية أو المترتبة على سبب قدري لا انتساب فيه إلى معصية، فإذا كان الإنسان مع الآخر بحيث يغلب على الظن أنه يتمنى له كل سوء، ويود له كل شر، ويحزن بمسراته، ويشمت بمصائبه، ولا فسق فهذه العداوة توجب رد شهادته على عدوه، وإن كانت العداوة مترتبة على فسق فهي مردودة عمومًا للناس وعليهم، انتهى.

وقال القاضي الحسين: وغيره العداوة التي ترد بها الشهادة مع العدالة هي أن تظهر منه من اللسان، والفعل ما يغلب على القلب أنه يعاديه، يشمت بمصائبه، ويحزن بمساره، ويتمنى له كل شر، انتهى.

وفي «التَّرْغِيب»: وتعرف العداوة بشماتته بمكارهه وكراهيته مساره، وقد نص الشَّافِعِي أنه لا تقبل شهادة خصم على خصم، فقيل: تُقبل شهادة المدعي دون المدعى عليه، انتهى.

وقال الْفُورَانِي في «العمد»: العصبية والعداوة توجب رد الشهادة، وهو أن يبغض الرجل؛ لأنه من بلد كذا، أو من نسب كذا؛ لما كان بينهم وبين أسلافهم من المعاداة، وما أشبه ذلك، انتهى.

وسيأتي نحو هذا عن نص «الأم»، وإنما تتبعت هذه العبارات؛ لأنها أخف من عبارة الكتاب، وما تضمنه لا ينفك عن معصيته؛ لا سيما تمني زوال النعمة مطلقًا، وقَلَّ أن تجتمع هذه الأمور إلا ويضم إليها المهاجرة والمقاطعة والمدابرة المحرمات.

لم أر هذا التفسير السابق عن المراوزة لأحد من العراقيين، وأذكر في ذلك ما يسره الله تعالى، وبالجملة فلا ينبغي أن يتوقف الرد على اعتبار اجتماع هذه الصفات في المعادي، كما هو المتبادر من لفظ المصنف.

....

وقال صاحب «الانتصار»: ولا تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة بينهما في أمور الدنيا، وله صورتان:

إحداهما: أن يقذف إنسانًا ثم يقيم البينة بقذفه ثم يشهد المقذوف على القاذف بشيء لا يقبل، وإن كان عدلًا في نفسه.

والثانية: أن يقطع الطريق على قافلة، فيجئ رجل من أهلها، فيشهد على قاطع الطريق بحق لغيره فلا تقبل شهادته، وإن كان عدلًا في نفسه، انتهى.

إذا عرفت هذا قال الرَّافِعِي بعد التفسير السابق للعداوة: وإذا عاداه من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته، فلم يجب وسكت، ثم شهد عليه قبلت شهادته، وإلا لاتخذ الخصماء ذلك ذريعة إلى إسقاط الشهادات، هكذا رواه الرُّويَانِي عن الْقَفَّال، وذكره جماعة منهم صاحب «التهذيب».

قلت: قطع به كثيرون، ولا أحسب فيه خلافًا لما ذكره بل هو إجماع إذا كان قد تحمل الشهادة عليه من قبل، ولم يجد من الشاهد معاداة له.

وقد نصَّ عليه في «الأم» قال الإمام: ولم يختلف العلماء في أن شهادة المخاصم مردودة على المخاصم، وشهادة المخاصَم ـ أي: بفتح الصاد ـ ليست مردودة على المخاصِم بكسرها، قال: وسبب ذلك، وذكر ما أشار إليه الرَّافِعِي من العلة.

ثم قال الرَّافِعِي: والذي أورد الْبَغَوِي في كتاب «اللعان» أن شهادة المقذوف على القاذف قبل طلب الحد مقبولة، وبعد الطلب غير مقبولة؛ لظهور العداوة، وإنه لو شهد بعد الطلب ثم عفا، وأعاد تلك الشهادة لا تقبل كالفاسق، إذا شهد ثم تاب وأعاد تلك الشهادة، وإنه لو شهد قبل الطلب ثم طلب الحكم لم يحكم شهادته، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره أن الشَّافِعِي صور العداوة الموجبة للرد فيما إذا قذف رجل رجلًا، أو ادعى عليه أنه قطع الطريق عليه، وأخذ ماله فقال: يصيران عدوين، فلا تُقبل شهادة واحد منهما على الآخر، فاكتفى بالقذف

....

دليلًا على العداوة، ولم يتعرض لطلب الحد.

وقال القاضي الرُّويَانِي: ولعل الْقَفَّال أراد غير صورة القذف، ثم على ما ذكره في «التهذيب» الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد بل تظهر العداوة؛ لأنه قال: لو شهد رجل على رجل وقال قذفني، أو قذف زوجتي وفلانًا، لم تقبل شهادته لفلان؛ لأنه أظهر العداوة بقوله: قذفني أو قذف زوجتي بينه وبين المشهود عليه، ولو قال: قذف أمي وفلانًا لم تقبل شهادته للأم، وفي قبولها لفلان قولًا التبعيض، قال: لأن سبب الرد في الصورة الأولى العداوة بينه وبين المشهود عليه فيعمم أثرها، وسبب الرد في الصورة الثانية البعضية، فجاز أن يختص أثرها بالأم.

قال الرَّافِعِي: وقد يقول الناظر لما كان قوله قذف زوجتي إظهارًا للعداوة، ولم يكن قوله قذف أمي إظهارًا لها، وقد يقول: إن كان قول المقذوف: قذفني دليلًا على العداوة، فنفس قذف القاذف أدل عليها، فهلا اكتفى كما دلَّ عليه النص، ولا شك أنه لو شهد على إنسان فقذفه المشهود عليه لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته، وقد نصَّ عليه، انتهى لفظه رَحِمَهُ اللَّهُ.

وما ذكره الْبَغَوِي من قولي التبعيض في مسألة الأم هو ما أورده المَاوَرْدِي قبيل كتاب الدعوى والبينات، والأقوى الرد مطلقًا؛ لتضمن الشهادة إظهار الحقد والعداوة البينة، والظاهر أن الأم مثال، وفي حكمها سائر الأصول والفروع والمحارم، وكل من يعتبر به الشاهد لو أم ولد له، ونحو ذلك.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي في «اللعان»: ولو شهد أنه قذف زوجتيهما وفلانة لا تقبل شهادتهما [لزوجتيهما وهل تقبل لفلانة يبنى على تبعيض الشهادة والأصح أنه لا تقبل شهادتهما] لفلانة أيضًا؛ لأنهما أظهرا العداوة له؛ لأن الإنسان يعادي قاذف زوجته أشد العداوة، ولو شهدا أنه قذف أمهما وفلانة، منهم من قال: تُرد للأم، وهل ترد لفلان؟ قولان على تبعيض الشهادة، وهذا أصح، وقد قيل لا تقبل؛ لأنه يعادي قاذف أمه في الغالب وإنما قلنا أن الأول أصح؛ لأن الحمية التي يأخذها من قذف زوجتيهما أكثر

....

من التي يأخذها من قذف الأم والأخت والبنت، انتهى.

وفيما قاله نظر، بل الحمية لقذف الأم والبنت والأخت أشد، والعار فيه أكثر، وألزم منه والزوجة؛ لأنه يتخلص منه بطلاقها، بخلاف المحرم فتأمله، وعدَّ المَاوَرْدِي من الأسباب المقتضية للعداوة: القذف والغصب والسرقة والقتل وزنا الزوجة على فراشه، وكذا قطع الطريق كما ذكره هنا، فلا تُقبل شهادة المقذوف على القاذف، والمغصوب منه على الغاصب، والمسروق منه على السارق، وولي المقتول على القاتل، وظاهر إطلاقه أن بمجرد هذه الأمور تحصل العداوة.

وقال في اللعان: إن شرط سماع شهادة المقذوف على القاذف أن يعفو عن الحد قبل الشهادة، وأن تكون قد حسنت حاله معه، قال: ولا يضر إذا وجد ذلك أن يذكر في شهادته عليه يقذفه لغيره قذفه له إخبارًا عن الحال؛ لأنه بالعفو خرج عن أن يكون خصمًا، ويحسن ما بينهما أن يكون عدوًا.

قلت: وفي النفس من هذا شيء؛ لأنه قد يعفو خديعة لتقبل شهادته عليه، ولا سيما إذا قرب العهد بأن قذفه اليوم فعفا ثم شهد في الغد بالقتل العمد أو بالزنا وهو محصن، نعم النص السابق يشهد لما أطلقه أولًا، وسيأتي ما يوافقه، وفي «تعليق» القاضي الحسين و«التهذيب» وغيرهما هناك أن المقذوف لو شهد على القاذف بقذف أجنبي منفردًا عن قذفه المشهود عليه بأن الشهادة لا تبطل، فلفظ نص الشَّافِعِي في «الأم» أصل ما يذهب إليه إنا لا نجيز شهادة خصم على خصمه؛ لأن الخصومة موضع عداوة، وسيما إذا كان الخصم بطلبه يشتم.

قال: ولو أن رجلًا قذف رجلًا أو جماعة فشهدوا عليه بزنا أو بحد غيره لم أجز شهادة المقذوف؛ لأنه خصم له، وطلب القذف وإن كانوا قد شهدوا عليه قبل القذف ثم قذفهم كانت الشهادة ما كانت أنفذتها؛ لأنّها كانت قبل أن يكونوا له خصمًا، ولكنهم لو زادوا عليه فيها بعد القذف لم أقبل الزيادة؛ لأنها كانت بعد أن أصبحوا له خصمًا، انتهى لفظه.

....

وهو المذهب وفيه فوائد جليلة.

فروع وتتمات:

أحدها: عن «الْبَحْر»: إنه إذا شهد على الميت وهو خصم الوارث هل تسمع شهادته؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الضرر يلحق الورثة، فهي شهادة على الخصم في الحقيقة.

والثاني: تسمع؛ لأنهم لا يستحقون التركة مع بقاء الدين ولو كان الشاهد خصمًا للميت دون الوارث، فوجهان: فعلى الوجه الأول: تقبل، وعلى الثاني: لا.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يخرج على هذا ما إذا ادعى أولاد ميت على شخص بدين ورثوه من أبيهم فأسقط أحدهم حقه، وأراد أن يشهد به، فعلى الثاني: لا تسمع؛ لأنها شهادة للأب، وعلى الأول: ينبغي أن تسمع.

ثانيها: أطلق العراقيون وغيرهم القول برد شهادة العدو، وسكتوا عن التفسير السابق عن الرَّافِعِي وغيره، وأحسب أن إطلاق الجمهور محمول على العرف ممن عدَّه أهل العرف عدوًا للمشهود عليه ردت شهادته عليه، وأطلق الهروي في «الإشراق» أنه لا تقبل شهادة أحد الخصمين على الآخر، كما لا تقبل شهادة أحد العدوين على صاحبه، فافهم المغايرة، وعلل غيره رد شهادة الخصم بأنه قد صار عدو المخاصمة، ولا شك أن أهل العرف يقطعون بحصول العداوة بين الشخصين، وإن لم ينتهِ الحال بينهما إلى ما ذكره المصنف، فإن تمنى زوال النعمة عن المسلم لحظ نفس دنيوي إنما يتولد غالبًا من الحسد، وهو من أقبح الذنوب.

وفي «المهذب»: ولا تقبل شهادة العدو على عدوه للخير؛ ولأنه متهم بسبب منهي عنه، قال: الفارقي: وهذا يحتاج إلى تفصيل فنقول: العداوة على ضربين: عداوة في الدين، وهي لا تمنع شهادة المحق على المبطل، كالمسلم

....

مع الكافر، والمحق مع المبطل، وأمَّا العداوة في الدنيا التي تمنع قبول الشهادة من غير أن تجعل بالعدالة، فتصور بصورتين، ثم ذكر ما ذكره تلميذه في «الانتصار» كما سبق، ثم قال: ولا نحتاج إلى قول الشيخ أنه متهم بسبب منهي عنه، بدليل ما بيَّناه من هاتين الصورتين.

ثالثها: في «روضة» شُرَيْح: ادَّعى مالًا وأقام بينة، وحكم له الحاكم، فشهد المحكوم له على المحكوم عليه قبلت؛ لأنه إذا أقام بينة بأن الخصومة كانت بحق، ولو ادَّعى وحلف المدعى عليه ولم يجز بينهما نشأ، ثم وجد أن لم يمنع بذلك شهادة أحدهما على الآخر، وقد قيل: يسقط؛ لأن كل واحد منهما صار خصمًا لصاحبه، ولو شهد رجل على رجل ثم ادعى المشهود عليه على الشاهد لم تسقط شهادته؛ لأنه يصير ذريعة إلى إسقاط الشهادة، ولا يعجز عنه كل مشهود عليه، وقد قيل: إن كانت الخصومة صغيرة لم تسقط بها الشهادة، وإن كانت كبيرة سقطت، قال: ولو شتم إنسانًا ولم يشتمه صاحبه فهل يصير المشتوم خصمًا؟ وجهان.

قلت: الأشبه أنه لا يصير بمجرد ذلك خصمًا سدًا للذريعة، ويحتمل أن يفصل بين شتم وشتم، فلا يؤثر الخفيف ويؤثر الغليظ الموغر للصدر كالقذف.

رابعها: قال الشَّافِعِي في «الأم»: ومن أظهر العصبية بالكلام فدعا إليها وتألف عليها وإن لم يكن يشهر نفسه بقتال فيها فهو مردود الشهادة؛ لأنه أتى محرمًا لا اختلاف بين علماء المسلمين فيه، وإن خصَّ امرؤ قومه بالمحبة ولم يحمل على غيرهم ما ليس تحل له فهذه ليست بعصبية، وقل أثر إلا وفيه محبوب ومكروه.

فالمكروه: في محبة الرجل من هو منه أن يحمل على غيره ما حرم الله عليه من البغي والطعن في النسب والعصبية على النسب، لا على معصية الله، ولا على جناية من المبغض على المبغض، ولكن يقول أبغضه؛ لأنه من بني فلان، فهذه العصبية المحضة التي ترد بها الشهادة، واستدل بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] وبالحديث الصحيح «**وكونوا عبادًا لله**

....

إخوانًا»[١] قال: فإذا صار رجل إلى خلاف أمر الله تبارك اسمه وأمر رسوله بلا سبب يعذر به يخرج من العصبية كان مقيمًا على معصية لا تأويل فيها ولا اختلاف بين المسلمين فيها، ومن أقام على مثل هذا كان حقيقًا أن يكون مردود الشهادة، هذا نصه رضي الله عنه بحروفه.

وقضيته الاكتفاء في العداوة المانعة من قبول الشهادة بذلك من غير تمني زوال النعمة وغيرها مما سبق، وعليه جرى العراقيون وغيرهم، وقد يؤخذ من هذا النص أن الإصرار على نوع واحد من الصغائر إن كان هذا صغيرة يجعله بمنزلة الكبيرة، وقد سبق أنه رأي ضعيف فتأمله.

قال في «البيان»: ولو كان الرجل يحب عشيرته وقومه وأهل مذهبه أو أهل بلده فليس بمكروه، بل مندوب إليه وذكر حديث: **«وكونوا عبادًا لله إخوانًا»** وغيره.

قال: وإنما العصبية أن يبغض الرجل قومًا؛ لأنهم بنو فلان من غير إساءة منهم إليه، فإن أبغضهم بقلبه ولم يظهر ذلك على لسانه لم يؤثر ذلك في رد شهادته عليهم؛ لأن ما في القلب لا يمكن الاحتراز منه، وإن ظهر ذلك على لسانه بأن يؤلب عليهم، ويدعو إلى عداوتهم من غير أن يظهر منه فيهم فحش ولا شتم.

قال ابن الصباغ: فإن كان في أمر الدين لم تُرد شهادته بذلك، وإن كان في أمر الدنيا فهو عداوة فترد شهادته عليهم خاصة لأجل العداوة.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا تكرر ذلك منه فسق وردت شهادته، وإن كان يشتمهم ويفحش عليهم بالقول فهو فاسق لا تقبل شهادته على أحد، انتهى.

خامسها: وهو تتمة ما قبله، قال المَاوَرْدِي بعد قوله في «المختصر»: وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه إلى آخر الكلام في أربعة فصول، الأول في المحبة، وتحدث عن أسباب مستحبة، ومباحة، ومكروهة.

(١) أخرجه ابن حبان (٥٧٥٢).

....

فالمستحب: المحبة في الدين وظهور الخير، والمباح: المحبة على النسب وعلى التجانس في علم أو أدب، وعلى ما أنتج من صناعة أو مكتسب، وهذا مراد الشَّافِعِي بقوله: وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه، والمكروه: هو المحبة على الموافقة في المعاصي، وأمَّا المحبة لاستحسان الصورة فإن كانت لهوى يفضي إلى ريبة كرهت، وإن كانت لاستحسان صنع الله وبديع خلقه لم تكره، وكانت بالمستحبة أشبه.

قلت: وتكلمت على هذا في «الْغَنِيَّة» في كتاب «النكاح» ورددته عليه، ولا يعجز كل فاسق وما رد أن يدعي ذلك كما عاينته، ورأيت من يحتج بكلامه هذا على ذلك ليقضي به أوطاره ممن يتعشقه، ولا قوة إلا بالله.

الفصل الثاني في العصبية وهي شدة الممائلة لقوم على قوم، وهي ضربان:

أحدهما: أن تكون عصبيته لهم عامة في كل حق وباطل على كل محق ومبطل، فهذا فسق ترد به الشهادة.

والثاني: أن تكون عصبية لهم مقصورة على أخذ الحق لهم ودفع الظلم عنهم، فيكون بها على عدالته وقبول شهادته، ثم إن كانت هذه العصبية لنصرة القوم فهي مباحة، وإن كانت لنصرة الحق فهي مستحبة.

قلت: بل واجبة؛ إذ نصرة الحق واجبة، وسيما إن تعينت عليه.

والثالث: في البغض، وهو ثلاثة أضرب: مستحب، ومباح، ومكروه.

فالمستحب: بغضه لأهل المعاصي، وذلك طاعة يؤجر عليها، والمباح: بغضه لمن لوى حقه أو تظاهر بعداوته، فيكون السبب الباعث عليها من أمور الدنيا مباحًا لا أجر فيه، ولا إثم، وهو فيه على عدالته وقبول شهادته ما لم يتجاوز البغض إلى غيره، والمكروه: بغضه من خالفه في نسب أو علم أو صناعة، فيكون هذا السبب مكروهًا؛ لما فيه من التقاطع، فإن ألب عليه وتعصب فيه كان جرحًا ترد به الشهادة، وإن لم يتجاوز البغض إلى ما سواه

وَتُقْبَلُ لَهُ، ....

كان على عدالته وقبول شهادته؛ لأنه لا يملك قلبه، وإن كان عامًا لكل أحد، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**شر الناس من يبغض الناس ويبغضونه**»(١) فيكون ذلك جرحًا ترد به شهادته لخروجه عن المأمور به من الألفة إلى المنهي عنه من التقاطع.

والرابع: في العداوة والفرق بين البغض والعداوة أن البغض بالقلب، والعداوة بالفعل، ومع كل عداوة بغض، وليس مع كل بغض عداوة، فصارت العداوة أغلظ من البغض، وهي ثلاثة أضرب: مستحبة، ومباحة، ومكروهة، فالمستحبة: لمن خرج عن طاعة الله تعالى أو تعرض لمعاصيه.

قلت: قضية كلام غيره أن هذا البغض من واجبات الدين، والأحاديث ناصة عليه أو ظاهرة في أبحاثه والمباحة ففي حق نفسه إذا نودي بالعداوة فقابل عليها بما لم يتجاوز حكم الشرع فهو مستوف لحقه منه غير قادح، وشهادته مقبولة على غيره، فأمَّا قبولها عليه فمعتبرة بحاله بعد المقابلة، فإن سكن بعد نفوره قبلت شهادته عليه، وإن كان على نفوره ردت، والمكروهة هي أن يبتدئ بها من غير سبب يوجبها، فيكون بها متجوزًا، فإن قرنها بفحش في قول أو فعل صار به مجروحًا في حقوق الكافة، فلا تقبل شهادته له ولا عليه، وإن تجردت عن فحش في قول أو فعل فهو على عدالته مقبول الشهادة على غيره، ومردود الشهادة على عدوه، ومقبول الشهادة لعدوه، انتهى لفظه رَحِمَهُ اللَّهُ.

قال: **(وَتُقْبَلُ لَهُ)** أي: لانتفاء التهمة إلا أن يكون المشهود عليه عدوًا للشاهد أيضًا، فلا تقبل شهادته عليه لعدوه المشهود له بخلاف القضاء على

---

(١) أخرجه الطبراني (١٠/ ٣٢٠، رقم ١٠٧٨١)، قال الهيثمي (٨/ ٥٩): فيه هشام بن زياد أبو المقدام، وهو متروك. والعقيلي (٤/ ٣٤٠، ترجمة ١٩٤٦ هشام بن زياد بن سعدويه)، وقال: ليس لهذا الحديث طريق يثبت. والحاكم (٤/ ٣٠١، رقم ٧٧٠٧)، وقال: صحيح. قال الذهبي: هشام متروك ومحمد بن معاوية كذبه الدارقطني، فبطل الحديث. والبيهقي (٧/ ٢٧٢، رقم ١٤٣٦٥) وقال: وروى ذلك أيضًا عن هشام بن زياد أبي المقدام عن محمد بن كعب، وروي من وجه آخر منقطع عن محمد بن كعب ولم يثبت في ذلك إسناد. وابن عساكر (٥٥/ ١٣٢).

وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينٍ كَكَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكَفِّرُهُ.

رأي تقدم.

قال: **(وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينٍ كَكَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ)** العداوات لا توجب رد الشهادة وفاقًا، فتقبل شهادة المسلم على الكافر، والسني على المبتدع.

قال القاضي الحسين: والجلاد على المضروب، ومن أبغض الفاسق لفسقه قبلت شهادته عليه، ولو قال العالم: لا تسمعون الحديث من فلان فإنه غلط، أو لا تستفتوا منه فإنه لا يحسن الفتيا، لم ترد شهادته؛ لأن هذا يصح للناس، نصَّ عليه في «الأم»، قال: وليس هذا بعداوة ولا غيبة إن كان يقوله لمن يخاف أن يتبعه فيخطئ باتباعه.

قال: **(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكَفِّرُهُ)**. هذه مسألة عظيمة وفيها نزاع كبير بين أصحابنا، فنورد كلام «الرَّوْضَة» أصلًا وزيادة ملخصًا، ثم نضم إليه ما يحضرنا.

قال جمهور العلماء من أصحابنا وغيرهم: لا يكفرون أحدًا من أهل القبلة، لكن اشتهر عن الشَّافِعِي تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم ويقولون: ما يعلم الأشياء حتى يخلقها، ونقل العراقيون عنه تكفير النافين للرؤية، والقائلين بخلق القرآن وتأوله الإمام فقال: ظني أنه ناظر بعضهم، فألزمه الكفر في الحجاج، فقيل: فقيَّد به كفرهم زاد الشيخ.

قلت: أمَّا تكفير منكر العلم بالمعدوم أو بالجزئيات فلا شك فيه، وأمَّا من نفى الرؤية أو قال: بخلق القرآن؛ فالمختار تأويله، وسيأتي عن نصه في «الأم» ما يؤيده، وما ذكره الإمام حسن، وقد تأوله الإمام البيهقي وآخرون تأويلات متعاضدة، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار والله أعلم.

ثم من كفر من أهل البدع مردود الشهادة، وأمَّا غيره من أهل البدع والأهواء قد نص في «الأم» و«المختصر» على قبول شهادتهم، إلا الخطابية، وهم قوم يرون جواز أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: لي على فلان كذا

....

فيصدقه بيمين أو غيرها، ويشهد له اعتمادًا على أنه لا يكذب، هذا نصه.

والأصحاب فيه ثلاث فرق: فرقة جرت على ظاهر نصه، وقبلت شهادة جميعهم، وهذه طريقة الجمهور منهم: ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقضاة: ابْن كَجٍّ، وأبو الطيب والروياني؛ لأنهم مصيبون في زعمهم ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وقيل هؤلاء لا شهادة لمن سب الصحابة والسلف؛ لأنه تقدم عليه عن اعتقاد لا عن عداوة وعناد.

قالوا ولو شهد خطابي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال اعتماده على قول المدعي كسمعت زيدًا يُقرّ لفلان بكذا، أو رأيته قرضه قبلت شهادته، وقيل: لا تقبل في هذه الحالة أيضًا، وفرقة منهم: الشيخ أبو حامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا هم بالرد أولى من الفسقة، وفرقة ثالثة توسطوا فردوا شهادة بعضهم دون بعضٍ.

قال أبو إسحاق: من أنكر إمامة أبي بكر ﵁ ردت شهادته لمخالفته الإجماع، ومن فضَّل عليًا - كرم الله وجهه- عليه لم ترد شهادته، وردَّ الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة ﵃ ويقذفون عائشة - ﵂ - فإنها محصنة كما نطق به القرآن، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي والْبَغَوِي، وهو حسن، وفي «الرقم» أن شهادة الخوارج مردودة؛ لتكفيرهم أهل القبلة زاد المصنف.

قلت: الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو: قبول شهادة الجميع، فقد قال الشَّافِعِي - ﵀ - في «الأم»: ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تباينًا شديدًا، واستحل بعضهم من بعض من تطول حكايته، وكان ذلك تفاديًا منه ما كان في عهد السلف وإلى اليوم فلم يعلم أحد من سلف الأمة يقتدي به، ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل، وإن خطأه وضلله ورآه استحل ما حرَّم الله تعالى عليه فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصه بحروفه.

وفيه التصريح بما ذكرناه وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق

....

القرآن، ولكن قاذف عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كافر فلا تقبل شهادته، انتهى.

وقوله عن طريق الشيخ أبي محمد وهو حسن، وعبارة الرَّافِعِي: وخير الأمور أوساطها، وهو اختيار منه لها، وقال في «شرحه الصغير» بعد ذكره من ذهب إليها: وقد أحسنوا.

قال في «الكبير»: ووافق أبو حنيفة الفرقة الأولى من الأصحاب، ومالك الثانية، وأحمد رد شهادة ثلاثة أصناف: القدرية، والجهمية، والروافض، انتهى.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: في كون طريقة الجمهور قبول شهادة جميع أهل الأهواء إلا الخطابية وقفة، وإن كانت ظاهر النص، وقد حمل الشيخ أبو حامد وخلائق النص الذي لأجله صوب المصنف الطريقة الأولى على ما ذكره، وهو صحيح يجب اعتماده، فمذهب الشَّافِعِي كما قال: المَاوَرْدِي وغيره أن من سب الصحابة أو لعنهم أو كفَّرهم فهو فاسق مردود الشهادة، والأحاديث الصحيحة ناصة على أن لعن المسلم أو المؤمن كقتله، وأن سبابه فسوق وأنه إذا «قال: **لأخيه يا كافر فقد باء بها أحدهما**»(١) وأنه إن لم يكن المقول له، كذلك رجعت اللعنة على قائلها إلى ما لا يحصى كثرة، وأي وجه في تجويز هذا محتملة، على أن أكثر هؤلاء ضلالهم تقليد لأسلافهم الفجرة لا شبهة عندهم، ولا تأويل بل هم كمن قال الله تعالى فيهم: ﴿إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ﴾ [الزخرف: ٢٢] لا يرجعون إلى علم ولا فهم فالصواب رد شهادة هؤلاء وهو قول جمهور العلماء وأكثر غلاة الروافض، وهم جمهور يستحلون أموال أهل السنة بكل طريق ولو بشهادة الزور المحضة، كما هو مدون في كتبهم.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٧، رقم ٥٠٧٧)، والبخاري (٥/ ٢٢٦٤، رقم ٥٧٥٣)، ومسلم (١/ ٧٩، رقم ٦٠)، والترمذي (٥/ ٢٢، رقم ٢٦٣٧) وقال: حسن صحيح غريب. وأبو عوانة (١/ ٣٢، رقم ٥٤)، وابن حبان (١/ ٤٨٤، رقم ٢٥٠)، وابن منده في الإيمان (٢/ ٦٠١، رقم ٥٢١)، والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٢٨٢، رقم ٦٦٦٤).

....

وقد صرَّح باستثنائهم مع الخطابية: الدَّارِمِي، أعني مال الغير بشهادة الزور، ولا شك فيه، وهؤلاء شر من الخطابية ويزيدون عليهم بما لا يحصى من القبائح المخالفة لنصوص الكتاب والسنة وإجماع من يعتد به من الأمة، وقد صرَّح القاضي الحسين بأن من سبَّ القرابة من الخوارج أو الصحابة من الروافض فهو فاسق مردود الشهادة، ولم يحك فيه خلافًا، وذكر في باب إمامة المرأة أن من سبَّ الشيخين أو الختنين هل يكفر أو يفسق؟ فيه وجهان.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: وكل من استحل سب الصحابة يكفر؛ لأن من استحل سب واحد من المؤمنين يكون كافرًا، ففي الصحابة أولى.

وقال في «التهذيب»: ومن سبَّ الصحابة والسلف ترد شهادته، وإن استحله كفر، وقال صاحب «الْكَافِي»: تقبل شهادة أهل الأهواء والبدع؛ لأن فيهم من يرى الكذب كفرًا فيكون أكف عنه إلا أن يقول في بدعته أو يرتكب ما يخرجه إلى الكفر أو الفسوق، فإن من سبَّ الصحابة أو واحدًا منهم يفسق كما لو سب واحدًا من المسلمين، ومن استحله كفر.

وقال القاضي أبو الحسن السبكي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ في «الحلبيات»: ومن سبَّ الشيخين ففي كفره لأصحابنا وجهان، فإن لم يكفر فهو فاسق مردود الشهادة، ومن سبَّ بقية الصحابة، فهو فاسق مردود الشهادة، ولا يغلط فيقال: شهادته مقبولة، انتهى.

فجعل ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ غلطًا وهو كما قال.

ومنها: وهو تتمة لما قبله سبق أن تأويل البغاة إن كان مظنونًا اعتبر وإن كان مقطوعًا ببطلانه لم يعتبر على الأصح عند الجمهور.

وقال في «أصل الرَّوْضَة»: هناك شهادة البغاة مقبولة بناء على أنهم ليسوا فسقة أي إذا كان خطأهم مظنونًا فإن كان مقطوعًا به فهم فسقة كما صرح به الأئمة.

قال: وإن كان لهم قاض في بلد قال المعتبرون من الأصحاب: نظر؛ إن

....

كان يستحل دماء أهل العدول لم ينفذ حكمه؛ لأنه ليس بعدل ومن شرط القاضي العدالة، وكذا يقول هؤلاء فيما لو كان الشاهد يستحل دماء أهل العدل وأموالهم ومنهم من يطلق نفوذ قضاء البغاة لمصلحة الرعية، انتهى.

وهذا منه كالمصرح بالاتفاق على أن الشاهد إذا استحل دماء أهل العدل وأموالهم بتأويل فهو مردود الشهادة، بخلاف القاضي على وجه لمصلحة الرعية، وعلى هذا ينطبق قول الشيخ أبي حامد وغيره من المعتبرين هاهنا أن من استحل الدَّم والمال استحل شهادة الزور بقتل من يستحل دمه.

وسئل بعض أئمة الروافض إيفاد المتوالي بالناصبي؟ فأجاب: لا ولا بأس بأكل ماله ولو بشهادة الزور، هذا مدون في كتبهم، فانظر كيف يتبرع هذا الخبيث بهذه الزيادة، فإن قلت لم يقل في «الرَّوْضَة» في مستحل الدَّم والمال أنه استحلهما بتأويل، فكيف قيدت كلامه بذلك؟

قلت: هو مراده بلا شك؛ إذ لا نزاع أن غير المتأول كافر، ولا نزاع في رد قضائه وشهادته عندنا، ولا أعلم أحدًا يجيز حكم المرتد ولا شهادته، والمستحل بلا شبهة مرتد وعليك أن تتأمل ما قدمناه في كتاب البغاة مع ما ذكرناه هاهنا؛ فبذلك يبين لك اضطراب كلام المصنف، وإن تصويبه هنا للطريقة الأولى فيه مخالفة لما ذكره هناك، وأنه قول المعتبرين وذكر هو قول الشيخ أبي حامد وأتباعه وأتباعهم، وأصل ما نسبه إلى المعتبرين هناك قول الشَّافِعِي في «الأم» هناك، ومن شهد من أهل البغي عند قاضٍ من أهل العدل في الحال التي تكون فيها محاربًا، أو ممن يرى رأيهم في غير محاربة، فإن كان يعرف باستحلال بعض ما وصفت من أن يشهد لموافقه بالتصديق على ما لم يعاين ولم يسمع، أو باستحلال المشهود عليه أو دمه، أو غير ذلك من الوجوه التي بطلت بها الذريعة إلى منفعة المشهود له، أو نكاية المشهود عليه استحلالًا لم تجز شهادته في شيء وإن قل، وإن كان من هذا بريئًا أو من غيرهم عدلان جازت شهادته، انتهى.

ومنها: قال في «الأم» متصلًا بالنص الذي ساقه المصنف، وصوَّب لأجله

....

الطريقة الأولى ما لفظه: وذلك إنا وجدنا الدَّم أعظم ما يعصى الله به بعد الشرك، ووجدنا متأولين يستحلونها بوجوه.... إلى أن قال: فكل مستحل لشيء بتأويل من قول أو غيره فشهادتهم ماضية لا ترد من خطابه في تأويله، وذلك أنه قد يستحل من خالفه الخطأ، إلا أن يكون فيهم من يعرف باستحلال شهادة الزور على الرجل؛ لأنه يراه حلال الدَّم أو حلال المال، فترد شهادته أو يكون ممن يستحل أو يرى الرجل إذا وثق به... إلى أن قال: فترد شهادته من قبل استحلاله الشهادة بالزور، أو يكون منهم من يباين الرجل المخالف له مباينة العداوة، فترد شهادته من جهة العداوة، فإن كان فيهم أو في غيرهم ممن لا ينسب إلى هوى ردت شهادته به وأيهم سلم من هذا أجزت شهادته، انتهى.

ومن هذا التقرير يؤخذ أن شهادة غلاة الرافضة وأهل البدع المتغالين فيها مردودة على أهل السنة والجماعة، فإنهم يعادونهم معاداة ليس وراءها معاداة على وجه العصبية والنخوة لأهل نحلتهم، ويفرحون بمساءتهم ويحزنون بمسراتهم، حتى إن الواحد منهم إذا علم ممن لا يعرفه أصلًا ولا رآه فيما سبق أنه ليس على طريقته، وأنه ينكرها ويسعه معتقدها، مقته أشد المقت وأبغضه وعاداه أشد المعاداة، بل ينعي له الغوائل، ولو أمكنه الفتك به بلا تبعه لأسرع إليه، فلا ريب أنه لا تقبل شهادته عليه.

ومنها: قال الأستاذ أبو منصور البغدادي في كتابه «في الأسماء والصفات»: أجمع أصحابنا على تكفير المعتزلة، والخوارج، والنجارية، والجهمية، والمشبهة، وأجازوا معاملتهم في المعاوضات دون الأنكحة، فأمَّا مناكحتهم وموارثتهم والصلاة عليهم وأكل ذبائحهم فلا يحل شيء من ذلك، إلا الموارثة ففيها خلاف بين أصحابنا، قيل: لأقربائهم من المسلمين، وقيل: لأهل بدعتهم، وذكر في كتابه «الناسخ والمنسوخ» تحريم ذبائحهم عن أصحابنا، أو أكثرهم.

قال أبو الحسن السبكي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ في «الحلبيات»: لا شك أن أبا منصور من القائلين بالتكفير ودعواه الإجماع، أمَّا أن يكون لعدم اعتداده بالخلاف

....

وهو قد نقله، وأمَّا أنه يحمل على قطعه بتكفير بعض الطوائف، وهذا لا شك فيه أن مِنَ الفرق من لا يتردد في كفره فيه، ومنهم من لا يتردد في عدم كفره، ومنهم من هو محل الخلاف، فإذا حمل دعواه الإجماع على الغلاة من كل فرقة صحَّ، غير أنه أطلق المعتزلة، والمختار عدم تكفيرهم إلا من قال: بالقدر على القول الذي يقول به مَعْبَدٍ الْجُهَنِيِّ، وإلا من قال: الله سبحانه لا يعلم الأشياء قبل وقوعها، وما أشبه ذلك، ولا شك في كفر هؤلاء، وأمَّا بقية بدع المعتزلة كخلق القرآن، وقد أطبق السلف منهم الأئمة الأربعة على تكفيرهم، والمتأخرون من أصحابنا ومن المالكية يرون عدم التكفير بذلك، وتأول البيهقي قول السلف بأن مرادهم كفر دون كفر، وليس هو الكفر المخرج عن الملة، ووافقه النووي وغلاة الروافض منهم الغرائبة، ولا شك في كفرهم.

وأصحابنا وغيرهم يطلقون الخلاف في التكفير، ويختارون عدمه، ونحن نوافقهم على ذلك، وعلى الإطلاق المذكور، ونستعظم القول بالتكفير، ثم بين ذلك واحتياج القول بالتكفير إلى أمور، وأنه مع الصعوبة من جهة ما قدمه يتطرق إليه شيء آخر، وهو أن غالب الفرق عوام لا يعرفون الاعتقاد، وإنما يحبون مذهبنا ينتمون إليه من غير إحاطة بكنهه، فلو أقدمنا على تكفيرهم جرَّ ذلك فسادًا عظيمًا باطلًا، وبهذا يجاب عن قول النووي: لو كان المراد الكفر المخرج عن الملة لقتلوا وقوتلوا، ويجاب بأن ذلك إنما لم يقع لعدم تعينه، وإن كان يحكم من حيث الجملة على من اعتقد ذلك، . ولا ينكر إذا حصل شرطه.

قال أبو منصور: ولا إشكال لذي لب في تكفير الكرامية مجسمة خراسان في قولهم: إنه تعالى جسم وله حد ونهاية من تحته، وإنه مماس لعرشه، وإنه محل الحوادث وإنه يحدث فيه قوله وإرادته.

قال أبو الحسن: ولا خلاف أن أهل البدع إذا لم نقل بتكفيرهم فُسَّاق، ولا خلاف أنهم آثمون مخطئون، إلا على قول القاضي العنبري البصري: وقد خرق الإجماع في ذلك وابتدع القول بأنهم مصيبون، بمعنى نفي الإثم لا بمعنى مطابقة الاعتقاد، ولا خلاف في رد شهادتهم إذا قلنا بتكفيرهم، وأمَّا إذا قلنا

....

بفسقهم دون كفرهم ففيه خلاف وتفصيل، انتهى.

ويخرج من هذا قبول شهادة جمع ممن يحكم بفسقهم.

ومنها: قول الرَّافِعِي: ووافق أبو حنيفة الفرقة الأولى، ومالك الثانية، وأحمد رد شهادة ثلاثة أصناف. . . . .إلى آخره فيه نظر، إلا أن تكون الرواية قد اختلفت عنهم لما سأذكره من نقل «الْحَاوِي» وغيره عنهم رحمهم الله، وأحسن المَاوَرْدِي في كلامه على المسألة فنورده ملخصًا وإن تكرر، قال بعد قول «المختصر»: ولا رد شهادة الرجل من أهل الأهواء إذا كان لا يشهد لموافقه بتصديقه، وقبول يمينه، هذا فصل اختلط كلام الأصحاب فيه ممن تفرد بالفقه دون أصوله، فنقول: من تدين بمعتقد من جميع الناس صنفان: من لا ينطلق عليهم اسم الإسلام وهم الكفار، وحكمهم ظاهر، ومن ينطلق عليهم اسمه، وهم ثلاثة أقسام: موافق، ومتبع، ومخالف.

فالموافق: من اعتقد الحق وعمل به، والمتبع: من عمل بالحق ولم يخالف في المعتقد كالمقلد من العامة للعلماء، فإن قلَّد في الفروع فهو فرصة أو في أصول التوحيد، فمن جوَّز التقليد فيها جعله عدلًا في معتقده وعمله، ومن منعه جعله مقصرًا في معتقده، وعدالته معتبرة بسكون نفسه وبفوزها، فإن سكنت إلى صحة التقليد لم يخرج عن العدالة، وإن تفرق منه خرجت من العدالة، ثم تكلم على المخالف في العمل ثم قال: وأمَّا الفروع فالخلاف في الآراء المنتحلة على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما اعتقد به تكفير مخالفه، وإباحة ماله ودمه كمن يرى من الخوارج بمولاتهم لأبي بكر وعمر رضي الله عنهما تكفير جميع الأمة، وكالغلاة يرون بمعتقدهم في عليّ تكفير جميع الأمة، ثم يرى الفريقان بهذا المعتقد أن دار الإسلام دار إباحة في قتل رجالها، وسبي ذراريها، وغنيمة أموالها، فيحكم بكفر من هذا اعتقاده من الفريقين.

والضرب الثاني: من يعتقد تكفير مخالفه ولا يرى استباحة دمه، فينظر أن

....

تقديراته لتكفير الصدر الأول من الصحابة والتابعين لهم بإحسان، حكم بكفره لرده على قوله تعالى: ﴿لَّقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الفتح: ١٨] وعلى قول رسوله ﷺ: «**خير الناس قرني ثم الذين يلونهم**»[(١)] وإن لم يكفروا الصدر الأول، واعتقدوا إيمانهم، وانفردوا بتكفير أهل عصرهم فهم أهل ضلال يحكم بفسقهم دون كفرهم، وتسقط عدالتهم، وترد شهادتهم بالفسق.

والضرب الثالث: أن يبتدع رأيًا لا يعتقد به تكفير مخالفه، وهو ضربان:

أحدهما: أن يرتكب فيه الهوى ولا يتمسك فيه بتأويل، فهو ضال بحكم فسقه، ورد شهادته، وسن عمر رضي الله عنه في ضيع، وكان من أهل المدينة يطوف بها ويسأل عن الشبهات ويميل للمخالفة، فأمر به فضرب بالجريد وشُهِّر بالمدينة ونُفي عنها.

وقال الشَّافِعِي في بعض أهل الأهواء: استن فيه سنة عمر في ضيع.

والضرب الثاني: أنه يتمسك فيما ابتدعه بتأويل فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخالف به الإجماع، إمَّا يدفع ما اعتقده الإجماع، وإمَّا أن يدفع بمعتقده الإجماع فينظر، إن خالف فيه إجماع الصحابة ضل به، وحُكم بفسقه، ورد شهادته، وإن خالف به إجماع غيرهم، فإن كان ممن يقول بأن الإجماع هو إجماع الصحابة دون غيرهم أو يعتقد استحالة إجماع غيرهم لتباعد أوطارهم كان على عدالته وقبول شهادته، وإن كان ممن يقول بإجماع كل عصر فسق لمخالفته الإجماع وردت شهادته.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٤٠٤، رقم ٣٢٤٠٧)، وأحمد (١/ ٤٣٤، رقم ٤١٣٠)، والبخاري (٢/ ٩٣٨، رقم ٢٥٠٩)، ومسلم (٤/ ١٩٦٢، رقم ٢٥٣٣)، والترمذي (٥/ ٦٩٥، رقم ٣٨٥٩) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٧٩١، رقم ٢٣٦٢). والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٩٤، رقم ٦٠٣١)، وأبو يعلى (٩/ ٤٠، رقم ٥١٠٣)، وابن حبان (١٦/ ٢٠٥، رقم ٧٢٢٢)، والبيهقي (١٠/ ٤٥، رقم ١٩٦٩٦)، والطبراني (١٠/ ١٦٥، رقم ١٠٣٣٨).

....

والضرب الثاني: أن يخالف بمعتقده الإجماع فهو على ضربين:

أحدهما: أن تفضي به المخالفة إلى القدح في الصحابة، وهو على ضربين: سب، وجرح، فإن كان سبًا فُسق به وعُزِّر من أجله، وإن كان القدح جرحًا نسب به بعضهم إلى فسق وضلال، فإن كان من العشرة المشهود لهم بالجنة صار باعتقاده فسقه فاسقًا، مردود الشهادة، وإن لم يكن من العشرة نظر، فإن كان من أهل بيعة الرضوان صار بتفسيق أحدهم فاسقًا؛ لأن الله تعالى أخبر بالرضى عنهم، وإن لم يكن منهم فإن كان قبل تنازع الصحابة في قتال الجمل وصفين صار بتفسيقه فاسقًا مردود الشهادة، وإن دخل في المتنازعين في ذلك فقد اختلف أهل العلم من أصحابنا وغيرهم في تنازعهم، هل نقلهم عن الحكم المتقدم فيهم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أكثرهم: إنه لم ينقلهم عنه، وهم على عدالتهم ظاهرًا وباطنًا استدامة لحكم الصحبة فيهم، ومن فَسَّق أحدهم كان بتفسيقه فاسقًا.

والثاني: إنهم بعد التنازع صاروا كغيرهم من أهل الأعصار عدولًا في الظاهر دون الباطن، وزال عنهم القطع بعدالتهم في الظاهر والباطن، فلا تقبل شهادة أحدهم إلا بعد الكشف عن عدالته الباطنة، ومن فَسَّق أحدهم لم يفسق بتفسيقه، وكان على عدالته وقبول شهادته.

قلت: هذا الوجه منكر من القول والله أعلم.

والضرب الثاني: ألَّا تفضي به المخالفة إلى القدح في الصحابة، فينظر إن أفضت به المخالفة إلى البغي على إمامه بمشاقته وخلع طاعته لشبهة تأول بها فساد إمامته، فله حالان: **أحدهما**: أن يكف عن القتال فيكون على عدالته وقبول شهادته، **والثاني**: أن يقاتل أهل العدل فإن بدأهم به فسق وردت شهادته؛ لتعديه بالقتال مع خطأه في الاعتقاد، وإن بدؤوه فدفع عن نفسه فينظر إن دُعي إلى الطاعة ليكف عنهم فامتنع منها فسق، وإن بدؤوه بالقتال من غير استدعاء إلى الطاعة لم يفسق بقتاله؛ لأنه دافع عن نفسه فتقبل شهادته، وإن لم تفض المخالفة

....

إلى البغي فله حالان: أن تفضي به المخالفة إلى منابذة مخالفيه بالتحزب والتعصب، فينظر إن بدأ بها ليستطيل على مخالفيه فذلك فسق ترد به شهادته، وإن استدفع بها منابذة خصومه، فإن وجد إلى دفعهم بغير المنابذة سبيلًا بالمنابذة صار سفيهًا مردود الشهادة، وإن لم يجد إلى دفعهم بغيرها سبيلًا فإن لم يستضر بها والصبر عليها كأن يفعلها سفهًا مردود الشهادة، وإن استضر بها كان في دفعها بالمقابلة على عدالته وقبول شهادته، وإن لم تفض به المخالفة إلى المنابذة فإن كان ممن يعتقد تصديق موافقته في دعاويهم ويشهد لهم بها على خصومهم كالخطابية فهو ساقط العدالة مردود الشهادة، وإن كان ممن لا يعتقد تصديق موافقته على مخالفيه ويتحفظ في الشهادة لهم وعليهم، وهم صنفان: منهم من يرى المعاصي شركًا، وأهل الوعيد يجعلونها خلودًا، أو صنف يرون تخفيفها في أرجائها وتفويضها، وكلا الصنفين في العدالة وقبول الشهادة سواء.

قال: فصار هذا التفصيل مفضيًا إلى قبول شهادة أهل الأهواء والبدع بستة شروط: أن يكون ما انتحلوه بتأويل سائغ، وألَّا يدفعه إجماع منعقد، وألَّا يفضي إلى القدح في الصحابة، وألَّا يقاتل عليه ولا ينابذ مخالفيه، وألَّا يرى تصديق موافقه على مخالفه، وأن تكون أفعالهم مرضية وتحفظ في الشهادة ظاهرًا، هذا حكم ما يتعلق بالنِّحَل.

وأمَّا الاختلاف في الفروع ثلاثة أضرب:

الأول: ما ضل به فإن خالف إجماع الخاصة دون العامة؛ كالإجماع على أن لا ميراث لقاتل، ولا وصية لوارث، وألَّا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، فالمخالف فيه ضال يحكم بفسقه وردت شهادته.

والثاني: ما أخطأ فيه وهو ما شد الخلاف فيه كاستباحة المتعة، وبيع الدينار بالدينارين نقد، أو مسح الرجلين في الوضوء، وقطع السارق من المنكب فيحكم بخطئه لظهور الدليل على فساد رأيه، ولا يبلغ به حد الضلال للشبهة المعترضة في احتماله، فتقبل شهادته.

....

والثالث: ما ساغ من الخلاف وهو أسهل الاختلاف في الدين، وجميعهم على العدالة وقبول الشهادة، هذا تفصيل مذهب الشَّافِعِي في عدالة المختلفين في الأصول والفروع، وأنه لم تقبل شهادة جميعهم ولا رد شهادة جميعهم حسب ما فصَّلناه على ما اقتضاه مذهبه، وأوجبته أصوله، وخالفه فيها أبو حنيفة ومالك، فخفف أبو حنيفة الأمر فيها وأجاز شهادة كل من انطلق عليه اسم الإسلام، واعتبر العدالة بالأفعال دون الاعتقاد، وشدد مالك الأمر فيها ورد شهادة جميعهم، واقتصر بالعدالة على أهل الحق، وكل واحد من قوليهما مدفوع بما أوضحناه من دلائل القبول، والرد هذا ملخص من كلامه على طوله.

وقال شيخه الصَّيْمَرِيّ في شرح «الكفاية» بعد نقله عن مالك وأبي حنيفة نحو ما ذكره المَاوَرْدِي عنهما في أهل الأهواء: وأجازهم الشَّافِعِي إذا كانوا عدولًا، وإن غلطناهم في معتقدهم إلا الخطابية وبين صفتهم، ثم قال: فأمَّا شهادة من كفر السلف أو فسقهم، وزعم أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - لم يكونا أهلًا للخلافة فلا تقبل شهادتهم؛ لأن قائل هذا مخالف للكتاب والسنة والإجماع، فأمَّا من فضَّل بعضهم وقدَّم قومًا على قوم في قبول الشهادة وإن غلطناه، وأمَّا من زعم أن جبريل غلط بالوحي على علي رضي الله عنه إلى رسول الله ﷺ وهم طائفة يسمون الغرابية فهو مباح الدَّم، وكذا من زعم أن الله لا يعلم الشيء حتى يكون فهو كافر، انتهى.

قلت: وحمل الشيخ أبو حامد ومن تبعه قول الشَّافِعِي: ولا أرد شهادة أحد من أهل الأهواء على الهوى في الأحكام التي يسوغ فيها الاجتهاد، وقال أنه ظاهر كلامه؛ لأنه قال في جملة كلامه: لم ترد الشهادة بشيء من التأويل إذا كان له وجه يحتمله، ثم عطف فقال: وكذلك أهل الأهواء، فثبت أنه أراد أهل الأهواء الذين يذهبون إلى تأويل محتمل، وقد نصَّ على أنه لا تقبل شهادة الخوارج والقدرية، انتهى المقصود من كلامه.

ونحوه قول الْفُورَانِي في «العمد»: ومن كان من أهل الأهواء له تأويل محتمل قبلت شهادته المسألة.

وقال صاحب «التَّرْغِيب» بعد ذكره اختلاف الأصحاب: وعندي أن الغالي

....

في التعصب من أهل الأهواء لا تقبل شهادته؛ لأنه يستجيز سفك دم مبغضه، فكيف لا يستجيز أن يشهد زورًا، انتهى.

ومنها: قال أبو إسحاق المروزي: من قال: أن الإمامة كانت لعلي بعد النبي ﷺ دون غيره ردت شهادته؛ لأنه خالف الإجماع، ومن نفى إمامة أبي بكر أو قال: كان ظالمًا فقد كفر.

قال في «الْبَحْر»: قال القاضي أبو الطيب: وهذا لم يذكره في «الشرح» وإن كان صحيحًا فهو مخالف للنص على أن من شتم قومًا بتأويل لا ترد به شهادتهم وأراد به هؤلاء.

قلت: في كونه أراد به هؤلاء نظر وقد صرَّح في «الشامل» و«البيان» و«الذَّخَائِر» قال: ما حكي عنه في «الشرح» وصرَّح القاضي وغيره بما قدمناه.

وقال الشيخ الموفق الحنبلي في «المغني»: الفسق نوعان:

أحدهما: من حيث الأفعال ولا نعلم خلافًا في رد شهادته.

والثاني: من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة، فيوجب رد الشهادة، وبه قال: مالك، ثم حكى عن الشيخ أبي حامد أن من سب القرابة كالخوارج أو الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة، وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء، قال: وقال أحمد: ما تعجبني شهادة الجهمية، والرافضة، والقدرية المعلنة، ثم حكى خلاف الناس، ثم استدل للرد مطلقًا فقال: إمَّا أنه أحد نوعي الفسق فردت به الشهادة كالنوع الآخر، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية، ومعنى وهذا منه دال على الاتفاق على تسميتهم بالفُساق وأن الراجح عندهم خلاف ما حكاه الرَّافِعِي عن أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ.

فَائِدَةٌ: قال المتولي في صلاة الجماعة: المبتدع الذي لا يكفره هل يقطع بأنه من أهل النار أم لا؟ ظاهر المذهب وعليه يدل كلام الشَّافِعِي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ أن ذلك معصية من جملة المعاصي، وحاله في المتشبه كسائر العصاة، ومن أصحاب من قال: يقطع بأنه من أهل النار لحديث «**إياكم والحدث في الدين،**

لَا مُغَفَّلٍ لَا يَضْبِطُ، ....

فإن كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار»[١] فقطع بأن الضلالة في النار، انتهى لفظه. وهذا الوجه شاذ بل غلط فاحش.

فَائِدَةٌ: قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: هنا قال أبو علي زاهر ابن أحمد السرخسي: لما قرب أجل أبي حسن الأشعري ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ في داري ببغداد دعاني فأتيته فقال: اشهد علي أني لا أكفر أحدًا من أهل هذه القبلة؛ لأن الكل يشيرون إلى معبود واحد وإنما هذا كله اختلاف العبارات، انتهى.

فائدة: قال ابن عبد السلام في «القواعد»: إذا تفاوت الحاكم في الفسوق قدمنا أقلهم فسوقًا، ولو كانت العدالة في شهود الحاكم فهذا فيه وقفة من جهة أن مصلحة المدعي معارضة بمفسدة المدعى عليه، والمختار أنها لا تقبل؛ لأن الأصل عدم الحقوق المتعلقة بالذمة والأبدان والظاهر مما في الأيدي أنه لأربابها، انتهى.

ولم أر لأصحابنا في هذا كلامًا وظاهر كلامهم المنع كما اختاره وقد يستشكل من جهة تعطيل غالب الحقوق وذكر ابن أبي زيد المالكي إذا قعدت العدالة وعمَّ الفسوق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل، انتهى.

وما قاله غير بعيد من النظر، ويحتمل أن يقال: ينظر إلى ما يغلب على ظن الحاكم في الحادثة ويعمل به بعد التقصي أن معظم الأحكام مبنية على الظنون، ويحتمل أن يفرق بين فسق وفسق، ثم من كان فاسقًا في دينه ولكنه صادق اللهجة لم يؤثر عنه الكذب بعيد من شهادة الزور اعتمده للضرورة، ومن كان فسقه لكذبه في كلامه وبُعده من الصدق لخسة نفسه ودناءتها لم يعتمده لقربه من شهادة الزور، لعمري أن أكثر شهود عصرنا غير مرضيين وإن كان ظاهرهم العدالة والله أعلم.

قال: **(لَا مُغَفَّلٍ لَا يَضْبِطُ)** أي: فلا تقبل شهادته؛ لعدم الوثوق بقوله،

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣١٠، رقم ١٤٣٧٣)، ومسلم (٢/ ٥٩٢، رقم ٨٦٧)، والنسائي (٣/ ١٨٨، رقم ١٥٧٨)، وابن ماجه (١/ ١٧، رقم ٤٥).

....

واقتضى إطلاقه عدم قبوله مطلقًا، وهو المنقول عن العراقيين، وظاهر نص «المختصر» وعليه جرى الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» ويجوز أن يحمل كلام «المنهاج» على من لا يحفظ شيئًا أصلًا فلا يكون مخالفًا لما سنذكره، وكان المحرر أخذه من قول «التهذيب»، ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ شيئًا، ثم قال: وكذا شهادة من يكثر الغلط؛ لأنه لا يؤمن وتقبل شهادة من نقل منه الغلط وإن شهد من يكثر الغلط مفسرًا بأن بين الوقت والمكان الذي تحمل الشهادة فيه بحيث زالت الريبة عن شهادته تقبل، وتبعه الرَّافِعِي فقال: ولا تقبل شهادة من يكثر غلطه، وأمَّا الغلط القليل فإنه لا يقدح في الشهادة؛ لأن أحدًا من الناس لا يسلم منه.

قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة فيحوج إلى الاستقصاء كما مر في «أدب القضاء» انتهى.

وعبارة «النهاية»: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة وإن كانوا عدولًا فيتعين الاستفصال، ولذا الاستفصال مقصودًا في نفسه، وإنما الغرض تبين تثبتهم في الشهادة التي أقاموها، وهذا كشف سرٍّ يُغتبط الفقيه به، انتهى.

وجرى عليه الغزالي في «الْبَسِيط» وقد يظهر بالتأمل تفاوت بين عبارة الْبَغَوِي والرافعي.

وقال في «البيان»: إن كان السهو والغلط من الشاهد نادرًا قبلت شهادته، وإن كان يكثر منه السهو والغلط وهو الذي يسمى المغفل لم تقبل شهادته؛ لأن في قبولها تضييعًا للحقوق؛ لأنه لا يؤمن غلطه وسهوه على ما هو الأغلب من أمره هل نقل أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: تقبل شهادة المغفل إن كانت مفسرة، مثل أن يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا أقر له به، أو اقترض منه وما أشبهه، ولا تقبل شهادته إذا كانت غير مفسرة مثل أن يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا وكذا فلا تقبل، انتهى.

وعبارة الإمام في رد شهادة المغفل على ما ذكر ابن الرِّفْعَة، وهذا إذا

....

أطلق الشهادة فلو أتى بها مفصلة، ووصف المكان والزمان وتأنق في ذكر الأوصاف فالشافعي قد يقبلها، فإنه إذا فصلها وهو عدل لا يظن به اعتماد الكذب.

قال ابن الرِّفْعَة وهذا ما أورده الْفُورَانِي والمسعودي والغزالي.

قلت: وعبارة الإمام في أوائل الشهادات الثانية بعد قول «المختصر» ومن لا يعرف بكثرة الغلط والغفلة إلى آخره العدل المغفل ليس مردود الشهادة على الإطلاق وليس مقبولها على الإطلاق، ولكن كل ما نقلت على القلب غفلته فيه فشهادته مردودة فيه، وذلك الشهادة المرسلة، فأمَّا الشهادة المفصلة إذا امتحناها الرجل عدل فلم يضرب فهي مقبولة؛ إذ ليست الغفلة معنى يقتضي الرد عمومًا بخلاف الفسق، انتهى.

ثم ذكر ما يقارب حكاية ابن الرِّفْعَة، لكن لم يقل قد يقبلها.

وعبارة «الْبَسِيط» كالنهاية، وعبارة «عمد» الْفُورَانِي: ومن عرف بكثرة الغلط لا تقبل شهادته حتى يفسر فيقول: أقر فلان لفلان فقال: لفلان علي ألف وما أشبه ذلك، وذكر نحوها في الإبانة، فحصل ما ذكره صور إحداها أن المغفل الذي لا يحفظ شيئًا لا تقبل شهادته كما قاله الْبَغَوِي واقتضاه كلام «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما، وإيراد الرَّافِعِي يفهم أن التفصيل فيه.

الثانية: إن كان الأغلب منه الضبط والحفظ فهو مقبول، فإن غلط في شيء ردَّ غلطه فيه وقيل في غيره.

الثالثة: إن كان الأغلب منه الغلط والنسيان، وبعضهم يقول: من كثر ذلك منه، والظاهر أن المراد به الأكثرية لا مطلق الكثرة، فتكون الصورة واحدة فهذا ما فيه التفصيل وعبارة الإمام والْبَغَوِي: إنه لا بدَّ من التفصيل على الوجه المتقدم الذي أورده ابن الرِّفْعَة، وعبارة «البيان» و«العمد» و«الْبَسِيط» وغيرهما لا تقتضي اشتراط ذلك، بل يكفي ما تقدم ذكره من غير حاجة إلى ذكر زمان ومكان، وأحسب المراد واحد، وإنما اختلفت العبارة والغرض أن يظهر

وَلَا مُبَادِرٍ.

للحاكم انتفاء السهو والغلط منه في الموافقة.

الرابعة: لو تعادل غلطه وضبطه فلم أر فيه شيئًا، والظاهر أنه كمن غلب عليه الغلط، وتشمله عبارة من يقول: من كثر غلطه والله أعلم.

قال: **(وَلَا مُبَادِرٍ)** من أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة كما سنصفه في شهادة الحسبة، فحيث لا تجوز المبادرة لا تقبل شهادته للتهمة، فإن كانت المبادرة قبل الدعوى لم تسمع قطعًا أو على المشهور، وكذا إن شهد بعد الدعوى وقبل أن يستشهد على أصح الوجهين للتهمة.

تنبيهات وفُرُوعٌ:

أحدها: ثبت في «الصحيحين» من حديث عمران بن الحصين أنه ﷺ قال في معرض الذم لمن يأتي بعد القرون التي ذكرناها «**خير القرون ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون**»(١).

وثبت في «صحيح» مسلم حديث زيد بن خالد الجهني أنه ﷺ قال: «**أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا**»(٢) فجميع الأئمة من الحديثين يحمل الثاني على ما يجوز المبادرة إليه، وهو شهادة الحسبة إذ قد تستحب المبادرة في صور وتجب في صور، وتجوز في صور لا يعسر استخراجها على الفطن، وحملوا الأول على ما لا تجوز المبادرة إليه، ومنهم من حمل الحديث الثاني على ما تعلمه دون غيره، ولو لم يظهره لضاع حكم من أحكام الدين وقاعدة من قواعد الشرع، أو على الشهادة في الأمانة

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٤٢٧، رقم ١٩٨٤٨)، والبخاري (٢/ ٩٣٨، رقم ٢٥٠٨) ومسلم (٤/ ١٩٦٤، رقم ٢٥٣٥)، وأبو داود (٤/ ٢١٤ رقم ٤٦٥٧)، والترمذي (٤/ ٥٠٠ رقم ٢٢٢٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١٧، رقم ٣٨٠٩).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٢٠، رقم ١٤٠١)، وعبد الرزاق (٨/ ٣٦٤، رقم ١٥٥٥٧)، وأحمد (٥/ ١٩٣، رقم ٢١٧٢٩)، ومسلم (٣/ ٣٤٤، رقم ١٧١٩)، وأبو داود (٣/ ٣٠٤، رقم ٣٥٩٦)، والترمذي (٤/ ٥٤٤، رقم ٢٢٩٥)، وابن حبان (١١/ ٤٧٠، رقم ٥٠٧٩) والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٩٤، رقم ٦٠٢٩).

....

والحقوق تكون لليتيم والمجنون والزكاة والكفارة، فإن الشهادة تسمع عندنا كما قال ابن الرِّفْعَة قبل الاستشهاد كما صرَّح به المَاوَرْدِي والروياني وقالا: إنه يندب إلى ذلك، انتهى.

هذا ممنوع في الشهادة للصبي والمجنون كما سيأتي، نعم طريقه أن يعلم الولي أو الحاكم بما عنده من ذلك فإذا سئل عنه شهد به وحمل بعضهم **الأول**: على الكاذب في شهادته إذ في الحديث المذكور: «**ثم يفشو الكذب**» **والثاني**: على سرعة إجابة الشاهد إذا استشهد فلا يمنعها ولا يؤخرها.

الثاني: قال الرَّافِعِي: وإذا رددنا شهادة المبادر ففي صيرورته مجروحًا وجهان: أشبههما: المنع، ويحكى القطع عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه وظاهر هذا الإيراد كون الخلاف في سقوط عدالته على الإطلاق، ويؤيده أن القاضي أبا سعد قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الكبائر أو الصغائر، لكن منهم من يفهم كلامه وقوع هذا الخلاف في قبول تلك الشهادة منه إذا أعادها، الغزالي يقول في «الوسيط» في باب دعوى الدَّم في وجه: لا تقبل تلك الشهادة منه إذا أعادها كالشهادة المردودة بعلة الفسق، وعلى وجهٍ تقبل وفي وجه إن تاب عن المبادرة فتقبل، وفي «التهذيب»: إنا إذا قلنا يصير مجروحًا فلا يشترط استبراء الحال حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل، فأشهر ذلك بكون الخلاف في تلك الشهادة لا غير، انتهى.

والوجه: عدم جرح من جهل منعه المبادرة، فإنه مما يخفى على غالب الناس، وقد يبادر الجاهل تأثمًا، وأمَّا بناء أبي سعد فيشبه أن يحمل على أن المبادرة هل تعطي حكم الصغيرة أو حكم الكبيرة بالنسبة إلى الرد والقبول لو أعادها، أو شهد غيرها، لا أن مجرد المبادرة من كبائر الذنوب.

وقد صرَّح المَاوَرْدِي قبيل باب من تقبل شهادتهم: إن ذلك مكروهٌ لا غير نعم صرَّح الإمام في أوائل الدعاوى بأنه لو ادَّعى ألفًا فشهدت له البينة بألفين لم يثبت الألف الزائد وفي ثبوت الألف المدعى به وجهان فإن لم يثبت ورددنا الشهادة فاختلف الأصحاب في جرح الشهود فعلى وجه ترد شهادتهم عمومًا

....

وفي كتاب الإقرار من «التهذيب» نحو ما ذكره الإمام، وقول الرَّافِعِي: لكن منهم من يفهم كلامه إلى آخره، هو ما صرح به القاضي الحسين في كتاب «الإقرار» حيث قال: لا خلاف أنه لا يصير مجروحًا في غير تلك القضية، وفي تلك القضية وجهان: وذكر الإمام مثله هناك، فقال: هل يصير مجروحًا في تلك القضية منهم من قال: لا؛ لأن ما جرى منه لم يحرم عدالته، بدليل قبوله في سائر القضايا سوى هذه، وهذا ما لم يختلف فيه المحققون، لكن شهادته مردودة لانعدام الدعوى، ثم قال: وهذا هو القياس الذي لا تعارض فيه ومنهم من قال: يصير مجروحًا في تلك القضية، فحصل في المسألة طريقان.

قلت: لو قيل: لو علم أنه بادر لرد، وأن لا شاهد في القضية يسد مسده، وإن الحق يضيع بمبادرته كانت المبادرة كبيرة؛ لأنه تسبب بها إلى ضياع الحق أو استحلال محرم مع علمه بالحال.

الثالث: في «النهاية» في باب الشهادة على الجناية في سماع الشهادة في حقوق الآدميين من القصاص والمال قبل الدعوى أوجه: ثالثها: إن كان صاحب الحق جاهلًا سمعت وإلا فلا، والمذهب منها، والأصح كما قاله في كتاب السرقة: عدم السماع، وسبق هناك أن في سماعها قبل الدعوى ثلاثة أوجه:

أحدها: تسمع إذا كان ولي الدَّم طفلًا أو غائبًا لا أن يكون بالغًا حاضرًا.

والثاني: تسمع إذا لم يعرف الولي شهوده، ولا تسمع إذا عرفتهم وهذا ما قبله جعلهما القاضي أبو الطيب وجهًا واحدًا.

وثالثها: قال المَاوَرْدِي، وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة والجمهور: إنها تسمع في الدماء خاصة دون غيرها فلا تسمع إلا بعد الدعوى، وفرق بوجهين: تغليظ الدماء على غيرها، وبأنها من حقوق المقتول يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه فجاز للحاكم أن ينوب عنه في سماع الشهادة قبل دعوى أوليائه قال: ويجيء على هذا التعليل أن يسمعها في ديون الميت

....

دون ديون الحي، وهذا قد حكاه الْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ عن أبي إسحاق، وعلى التعليل الأول لا يسمعها في ديون حي ولا ميت، انتهى.

وفي «روضة الحكام»: إذا كانت الشهادة لميت في الدين أو لغير مكلف قبلت قبل الاستشهاد، وإن كانت لحي على فعل كالبيع لم تسمع في أظهر الوجهين، وإن كانت في مال أو ما يؤول إلى مال فهل تسمع؟ وجهان فإن قلنا: لا تقبل فإن كان في قذف أو قتل وجهان، وقيل: يجوز لمن لا يعلم أن له عنده شهادة ولا يجوز لمن يعلم، انتهى.

وما نسبه المَاوَرْدِي إلى الجمهور جعله الرَّافِعِي هناك وجهًا ضعيفًا، وأن ظاهر المذهب أنها لا تقبل في حقوق الآدميين المحضة قبل الدعوى أصلًا.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: تقبل شهادة من أجنبي، وجلس في زاوية أو نحوها مستخفيًا لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص إذ الحاجة قد تدعو إليه بأن يقر الخصم في الخلوة دون الخلوة، وعن مالك: إن المشهود عليه إن كان جلدًا لا ينخدع قبلت هذه الشهادة وإلا فلا، وحكى الْفُورَانِي عنه أن شهادة المختبئ لا تقبل أصلًا، وأن للشافعي قولًا قديمًا مثله، وأن على المذهب الصحيح يستحب أن يخبر الخصم: إني شهدت عليك، حتى لا يتبادر إلى تكذيبه إذا شهد فيعزره الحاكم، انتهى.

وما ذكره عن الْفُورَانِي ذكر القاضي الحسين مثله عن مالك وعن «القديم».

وقال شُرَيْح الرُّويَانِي: تقبل شهادة المختبئ وهو ناظر يسمع إقرار المقر ويراه، وهل يكره ذلك؟ وجهان فإن قلنا: لا يكره فهل يندب؟ فيه وجهان: وجه الندب: إحياء الحق، ووجه المنع: أن فيه نوع تعزير، وإذا لم ير المقر ولم يسمع صوته لم يجز أن يشهد عليه، وقال في باب العلم بالشهادة: وتحمل الشهادة في مجلس التوسط جائز، ويجب أداؤها وفي شهادة المختبئ قولان، انتهى.

وقال الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية»: شهادة المختبئ عن المقر تسمع إقراره وتراه، والمقر لا يسمع جائزة عندنا، لكن لا يقول: أشهدني، بل أشهد عليه

....

بكيت وكيت، ولكن لو علم الشاهد أن ذلك خرج منه مخرج المزح أو الجواب لرد كلامه لم يسعه أن يشهد، انتهى وسيأتي المَاوَرْدِي نحوه.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي متصلًا بما سبق: ولو قال رجلان لثالث: توسط لنتحاسب ونتصادق على ألا تشهد علينا بما جرى، فهذا الشرط لاغ، وله بل عليه أن يشهد بما علم، وسياق كلامه يفهم أنه لا يجري القول القديم، وخلاف مالك في المختبئ هنا وظاهر كلام «عمد» الْفُورَانِي في جريان ذلك هاهنا.

وقال الصَّيْمَرِيّ: لو قال رجل لشاهد: أخبرك بما جرى بيني وبين فلان على أنك لا تشهد على ما أقول، فأجابه أو سكت عنه فأقر عنده بما يوجب الشهادة عليه وسعه عندنا أن يشهد عليه، لكن لا يقول: أشهدني على نفسه أشهد عليه بكذا وكذا.

تتمات: نقل الْعِمْرَانِي في «البيان» القول القديم في المختبئ، ثم قال: والمشهور الأول كما لو شهد المختفي بالقتل والغصب فإنه يقبل بلا خلاف، وذكر في «الزوائد» عن رواية الطبري عن أبي إسحاق أنه قال: لا يجوز أن يشهد على الشخص ما أشهده على نفسه عنه، وسواء في ذلك بين أن يقر بين يديه بدين أو عين أو يراه يعقد عقد بيع أو إجارة ويسمع كلامه أو يراه، وقد قتل شخصًا أو جرحه أو أتلف ماله، انتهى.

وعن أبي إسحاق اشتراط ذلك في الشهادة على الإقرار والسكوت عما عداه، وعليه جرى «المهذب» والمذهب خلافه.

قال المَاوَرْدِي في باب الشهادة على الشهادة: هل يفتقر الإقرار إلى الاسترعاء بأن يقول المقر: أشهد على أن لفلان علي كذا؟ فيه وجهان، قال أبو إسحاق: نعم، وظاهر مذهب الشَّافِعِي أن تحمل الإقرار صحيح وإن تجرد عن الاسترعاء والشهادة به جائزة، فعلى هذا إذا اختبأ الشاهد حتى يسمع إقرار المقر أن لزيد علي ألفًا، والمقر غير عالم بحضور الشاهد، وسماعه له أن يتحمل هذه الشهادة ويشهد بها على المقر إلا أن يكون في المقر غفلة يتم بها

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ

عليه الحيلة والخداع فلا يصح تحمل الشهادة من المختبئ حتى يراه المقر أو يعلم به، وسوى أبو حنيفة بين ذي الغفلة وغيره في صحة التحمل عنه، والفرق بينهما أولى لتمام الحيلة عن الغافل وانتفائها عن الضابط.

وفي «الْبَحْر» أن صاحب «الْحَاوِي» قال: عند الشَّافِعِي وذكر التفصيل بين المغفل وغيره.

قال الرُّويَانِي: وهذا أصح عندي.

قال المَاوَرْدِي: والأصح عندي من إطلاق الوجهين في وجوب الاسترعاء أن يعتبر حال الإقرار، فإن اقترن به قول أو أمارة تدل على الوجوب استغنى عن تحمله عن الاسترعاء بالقول أن يقول له: علي ألف درهم بحق واجب، والأمارة أن يحضر المقر عند الشاهد ليشهده على نفسه فيعلم بشاهد الحال أنه إقرار بواجب، وإن تجرد الإقرار عما يدل على الوجوب من قول أو أمارة افتقر إلى الاسترعاء ولم يصح تحمل الشهادة على إطلاقه، انتهى.

وتبعه في «الْبَحْر» وستأتي المسألة بزيادة في محلها إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ)** أي: لا يتأثر له برضا الآدمي، أي: **(كَطَلَاقٍ)** أي: بائن أو رجعى وكذا الخلع ليثبت الفراق لا المال كما نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وأطلق الْبَغَوِي القول بمنع شهادة الحسبة فيه، وسنعيد المسألة لغرض.

قال: **(وَعِتْقٍ)** أي: عبدًا كان المعتق أو أمة خلافًا لأبي حنيفة في العبد، وفي «روضة الحكام»: المذهب قبول شهادة الحسبة في عتق العبد، وحكى جدي وجهًا أنها لا تقبل، وليس بمذهب، انتهى.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وتقبل شهادة الحسبة عندي في الطلاق إذا كان الزوجان ينكران ذلك، وتقبل على عتق العبد والأمة إذا كان السيد والمملوك ينكران العتق، انتهى.

وهي تفهم أنه لو ادعت الزوجة الطلاق أو الرقيق العتق ليس له أن يؤدي

وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ، وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا، وَحَدٍّ لَهُ، ....

حسبة من غير طلب منه، وإليه يرشد قول الإمام، والمعني بشهادة الحسبة شهادة من غير تقدم دعوى.

قال: **(وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ)** أي: على الصحيح، وقيل: لا؛ لأن الطباع تميل إلى الحياة، وفي ترك القاتل الدعوى تهمة في الشهود، ويخرج من هذا التوجه أنه لو جن مطبقًا عقب القتل أو العفو أو كان أخرس لا يفهم فإن القتل قطعًا.

قال: **(وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا)** قلت: ومن ذلك تحريم الرضاع والمصاهرة والبلوغ والإسلام والكفر، والزكوات والكفارات، والوقوف والوصايا العامة، ومنه وقف مسجد أو خان سبيل أو مقبرة أو بما أخذ من خشب مسجد أو أرضه ونحو ذلك.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: قبولها بالسفه، وللقاضي الحجر عليه في غيبته؛ لأنه يتعلق به حقوق الله تعالى، وسبق في الأقضية على قبولها في التعديل والجرح وفيه فوائد.

قال: **(وَحَدٍّ لَهُ)** أي: كالزنا والشرب وقطع الطريق وكذلك السرقة على الصحيح، قال الرَّافِعِي: لكن الأولى فيها الستر.

قلت: وقع في ذلك اضطراب سبق مع تفصيل في الاستحباب، وأطلق الرَّافِعِي في باب حد الزنا أن أصح الوجهين: أنه لا يستحب كتمان الشهادة كيلا يتعطل.

وقال المَاوَرْدِي: إن هذا فيما إذا لم يتعلق بترك الشهادة إيجاب حد على الغير، فإن تعلق كمن شهد عليه ثلاثة بالزنا فيجب على الرابع الأداء ويأثم بالتوقف، وتبعه الرُّويَانِي وأمثلة هذا كثيرة، وهل من هذا لو كان قد شتمه بما يوجب التعزير وطلبه المشتوم وعلم عدلان وقوع ذلك منه لمعاينة أو إقرار منه هل يلزمهما الأداء كحماية لظهر الشاتم؟ الظاهر نعم إذا دعاهما للأداء، ويلزمهما أن يعلماه بما عندهما من الشهادة إن كان جاهلًا بها.

وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال: **(وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى الصَّحِيحِ)** لأنه يتعلق بحقوق الله تعالى كالطلاق والعتاق.

وقال القاضي الحسين: لا تقبل، وصححه الغزالي في «الوجيز» عند الكلام في الشهادة على المنتقبة، وجزم به في «الْبَسِيط» هناك، وقال إمامه: المسألة محتملة، ولم يرجح شيئًا.

قال الرَّافِعِي: وتقبل في الاستيلاد.

قال في «التهذيب»: ولا تقبل في التدبير وتعليق العتق، وكان شيخي والقاضي يقول: تقبل كالاستيلاد.

قال الرَّافِعِي: كان الفرق عند من فرق أن الاستيلاد يفضي إلى العتق لا محالة، وهما بخلافه، انتهى.

ولا خفاء أن الكلام في الشهادة بهما حال حياته وقبل وجود الصفة، أما لو كانت بعد موت المدبر وبعد وجود الصفة قبلت لا محالة، فإن ادعى الوارث أو المعلق زوال الملك ثم عوده فعليه البينة إذ الأصل عدمه هذا ما ظهر لي.

ورأيت عن «تعليق» القاضي الحسين وفي الشهادة بالتدبير وجهين.

فَائِدَةٌ: وقع في «أصل الرَّوْضَة»: ومنه العتق والاستيلاد دون التدبير، وتقبل في العتق بالتدبير، وهذه الزيادة ـ أعني قوله: وتقبل في العتق بالتدبير ـ لم يصرح بها الرَّافِعِي هنا، وكأنه أخذها من الفرق السابق.

فَرْعٌ: لا تقبل شهادة الحسبة في الكتابة، فإن أدى النجم الأخير شهدوا على العتق، قال: القاضي الحسين: ويجب أن يُشهد من شاهد إذا النجم الأخير ووجود الصفة لأجل ما شاهده بالعتق حسب.

قال في «الرَّوْضَة»: ولا تقبل في شراء القريب، ولا في الوقف على جهة خاصة على الأصح فيهما، انتهى.

والمراد بالجهة الخاصة الوقف على معين، والرافعي تبع في نقل الوجهين

....

في شراء القريب الغزالي، والذي في «تعليق» القاضي الحسين: إن الظاهر من المذهب أنها لا تقبل ويحتمل أن يقال: تسمع، انتهى.

ولعل هذا الاحتمال للمعلق لا للقاضي، ولا تقبل في شراء الأب من غير ذي دعوى وإن كان عقد عتاقته، أن المقصود منه التملك ثم العتق يترتب عليه، هكذا ذكره القاضي.

وحكى الإمام عن القاضي الجزم بعدم القبول، ثم قال: وفي القلب منه شيء، وليس يبعد أن يقول: تثبت بشهادة الحسبة، والأوجه ما ذكره القاضي، فإن العوض ركن في البيع، فلو أثبتناه لأثبتنا العوض من غير دعوى، ولو أثبتنا العتق من غير مال لكان هذا إجحافًا وليس كالخلع، فإن العوض غير مقصود فيه، ولست أبعد في الخلع ثبوت المال تبعًا حتى لا يتعطل حق الزوج بالكلية، ولا أبعد أن يثبت الطلاق ولا يثبت المال كما لو خالع الرجل محجوره بالسفه، انتهى لفظه.

وأما الوقف على معين ففي «الوسيط» و«الْبَسِيط» أن الصحيح فيه عدم القبول.

وعبارة «النهاية»: وإن كان الوقف على معينين.

فإن قلنا: الملك في الرقبة لله تعالى، فالذي قطع به الصيدلاني أن شهادة الحسبة تقبل من غير دعوى من الموقوف عليه، والذي ذهب إليه معظم الأصحاب خلاف ذلك، فإن الغالب على هذا الوقف حقوق خاصة معلقة بأشخاص، فيبعد قبول شهادة الحسبة فيها، انتهى.

وأطلق الرَّافِعِي حكاية عن الصيدلاني القول بالقبول، وهو ما أورده الرُّويَانِي في «جمع الجوامع» و«الحلية» وهو المختار بناء على ما تقدم أن المذهب أنه لا يشترط القبول فيه خلافًا للإمام ومن تبعه؛ لأنه تحرز بلفظ الواقف كالعتق ومآله إلى الجهات العامة.

وفي «تعليقي» القاضي الحسين والْبَغَوِي واللفظ له: إنه يبنى على أنه هل

....

تثبت بشاهد ويمين وبرجل وامرأتين؟ إن قلنا: تثبت، فلا تقبل كما في المال، وإن قلنا: لا تثبت، تقبل كما قلنا: في الوقف على عامة المسلمين والرباطات، ويشبه أن يبنى على قبول المعين إن قلنا: يشترط لم تسمع وإلا سمعت.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: احترز المصنف بقوله حقوق الله عن حقوق الآدمي، وسبق ما يخرج منه خمسة أوجه، وقال الرَّافِعِي: المذهب المشهور المنع مطلقًا، وقال المَاوَرْدِي: الجمهور على قبولها خاصة في الدماء خاصة، ويقرب أن يقال: إن كان للدم مستحق معين لم تسمع وإلا سمعت.

ومنها: ما تسمع فيه شهادة الحسبة فيه وجهان، والمنع محكي عن الْقَفَّال ومقابله عن القاضي الحسين، ولعله في غير الحدود أما حدود الله تعالى فقد قال ابن الصباغ وغيره: إنه لا تسمع الدعوى فيها إذا لم يتعلق للآدمي بها حق؛ لأنه يستحب سترها، وهذا التقليد قد يرشد إلى أن محل الخلاف إذا كان الستر مستحبًا، أما إذا قلنا: لا بل للمصلحة في الأداء كما سبق فتسمع.

قال الرَّافِعِي: وشهود الحسبة بالزنا يجيؤون إلى القاضي ويقولون: نشهد على فلان بكذا فأحضره لنشهد عليه، فإن جاءوا وقالوا: إن فلانًا زنا فهم قذفه، انتهى.

فإن كان هذا فيما إذا اقتصر على ذلك فواضح، وإن وصلوا: ونحن نشهد عليه فأحضره، ففيه وقفة وقال المَاوَرْدِي قبيل كتاب الشهادات: كل حق لله تعالى لا يتعلق به حق آدمي لا تصح الدعوى فيه ولا يلزم الجواب عنه كحد الزنا وشرب الخمر، وقد يشير إلى أن الخلاف في غير الحدود قول «التهذيب» في هل تسمع دعوى الحسبة فيما تقبل فيه شهادة الحسبة مثل أن يدعي على رجل أنه طلق زوجته أو أعتق عبده أو وقف داره؟ قيل: لا تسمع؛ لأن ثبوته بالبينة لا بها أن يشهد حسبة فلا ضرورة إلى الدعوى، وكان شيخي يقول: تسمع؛ لأنه يطلب بالدعوى إقراره وربما لا يكون له عليه بينة، انتهى.

....

وهذا يشبه في الصور الممثل بها ونحوها.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وفي»الفتاوى» للقفال: إنه لو جاء رجلان وشهدا أن فلانًا أخو فلانة من الرضاع لم يكف حتى يقولا، وهو يريد أن ينكحها وأنه لو شهد اثنان بالطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما ثم جاء آخران يشهدا بأخوة الرضاع بين المتناكحين لم تقبل إذ لا فائدة لها في الحال ولا عبرة بقولهما: نشهد لئلا يتناكحان من بعده، وأن الشهادة على أنه أعتق إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترق من أعتقه.

قال الرَّافِعِي: وهذه الصورة تفهم أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة، ورأيت في «فتاوى» الْقَفَّال عقب مسألة الرضاع: وأما الوالد إذا جاء وقال بين بنتي وفلان خاطبها رضاع ينظر إن كان قد شهد الولي قبل ظهور العضل منه قبلت شهادته، وإن كان قد خطبها الرجل بعضلها ثم جاء وشهد لم تقبل شهادته، وعلى هذا إذا جاء رجلان وشهدا أن هذا يوم العيد فإن لم يكونا أكلا قبلت شهادتهما، وإن كانا قد أكلا لم تقبل، انتهى.

ومنها: في «روضة الحكام»: إذا أنكر الزوجان الطلاق قبلت شهادة الحسبة، وكذا في سائر المسائل، ولو ادعت أنه طلقها وأقامت بينة، ثم رجعت عن الدعوى وكذبت البينة حكى جدي عن بعض أصحابنا فيه وجهين: أحدهما: تسقط شهادة الشهود؛ لأن بينتها مضافة إلى دعواها فتسقط بتكذيبها والأصح أنها مقبولة في الابتداء من غير دعواها.

فَرْعٌ: قال القاضي الحسين: لو شهدوا بأن هذه الدار للمسجد الجامع أو بأن للمسجد الجامع في ذمته كذا هل تسمع هذه الشهادة أم لا؟ فيه جوابان بناء على أنه إذا أقر للحمل بمال مطلقًا هل يقبل؟ وفيه قولان ووجه الشبه أنه لا يتصور المعاملة بينه وبين الحمل كما لا يتصور أن يعامل المسجد، وكذا الخلاف لو أقر بأن هذه الدار التي في يدي للمسجد.

قال ابن الرِّفْعَة: وما ذكره من جريان الجوابين في قول الشاهدين: نشهد بأن

....

هذه الدار ملك لهذا الرجل، فأقر بأنها ملك للمسجد نظر؛ لأن كونه ملكه يمنع صحة إقراره بها للمطلق التصرف فكيف للمسجد، انتهى وهذا كلام مضطرب.

فَرْعٌ: في شهادة الأخرس المعقولة قولان عن تخريج ابن سُرَيْج أصحهما في «الروضتين»: إنها لا تقبل.

قال الرَّافِعِي: وهو الأظهر عند الأكثرين منهم: ابن القاص والشيخ أبو حامد.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكاه الْبَنْدَنِيجِي في باب حد الزنا عن النص.

وقال هو والماوردي: إنه المذهب، وقاله المَاوَرْدِي في الأقضية، وقال في اللعان: إنه الذي عليه جمهور أصحابنا، قال: وهما في ذلك متبعان لطريقة أبي حامد، فإن هذه طريقته، والثاني: يقبل وهو المشهور عن ابن سُرَيْج.

وقال الحناطي: إنه المذهب وأبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد» أنه ظاهر المذهب والجرجاني في «الشافي» أنه الصحيح وهو المذكور في «الْحَاوِي» في مواضع وصححه في «التَّنْبِيه» موافقة للحناطي وشيخه القاضي أبي الطيب فإنه حكاه في «الحدود» عن رواية ابن المنذر عن الـمُزَنِيّ عن مذهب الشَّافِعِي، وقال هنا: إنه حكاه ابن المنذر عن الـمُزَنِيّ، وإني سمعت أبا عبد الله الحناطي أنه المذهب، وأن أبا العباس قال: لا تسمع وكان رجلًا حافظًا لكتب الشَّافِعِي وكتب أبي العباس. وذكر الـمُزَنِيّ المسألة في»الجامع الكبير»، وذكر أن الذي يجيء على قياس قول الشَّافِعِي أن شهادته تصح كما في نكاحه، ولم أجد للشافعي فيه نصًّا، وإنما وجدت هذا في كلام الـمُزَنِيّ، وهو أعلم بمذهب الشَّافِعِي وما تقتضيه أصوله من غيره، وقولهم: إن به حاجة إلى العقود دون الشهادة لا تصح؛ لأنه يجوز أن يكون وكيلًا لغيره في العقود وإن لم تدعُ الحاجة إليه، وقد يتعين عليه شهادة قبل الخرس فتدعو الحاجة إلى سماعها منه.

قلت: وكذا بعد الخرس بأن يعاين قتلًا أو غصبًا وغيرهما ولا يتم النصاب إلا به والمختار القبول؛ لأن عبارته المفهومة تقوم مقام تعلقه في أحكامه.

وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ، ....

قال: (**وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ**) أي: أو امرأتين.

(**نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ**) لأنه تيقن بالخطأ في الحكم كما لو حكم باجتهاده ثم بان النص بخلافه، فإن قيل: شهادة العبد مختلف فيها فلم ينقض الحكم في محل الخلاف والاجتهاد أجيب بأن الفرض فيمن لا يعتقد جواز الحكم بشهادة العبد وحكم ظانًا حريتهما، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، وأيضًا فإنما لا ينقض الحكم إذا لم يخالف القياس الجلي وهذا يخالفه؛ لأن العبد ناقص في الولاية وسائر الأحكام فكانت الشهادة في معناها كذا أجاب ابن الصباغ وغيره، وتبعهما الرَّافِعِي، وقال القاضي الرُّويَانِي: لا فرق بين أن يكون الحاكم يرى قبول شهادة هؤلاء أو لا، وسبق عن شُرَيْح أنه قال في «روضته»: وإذا بان له أنه قضى بشهادة عبدين ينقضه، وقيل لا ينقض؛ لأنه مختلف فيه، وقيل: إن كان الحاكم الذي حكم يذهب إلى جواز شهادتهما لم ينقض، انتهى.

وأصح الأوجه التفصيل خلافًا للروايتين، فإن قلت: يلزم مما ذكرته أنه لو كان الحاكم يرى قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أو في الوصية وغير ذلك مما أجاز بعض العلماء شهادتهم فيه أنه إذا حكم بشهادتهم من يراها، ثم رفعت إلى غيره ممن لا يراها أنه لا ينقضها؛ لأنه حكم في محل الاجتهاد.

قلت: لم أرَ فيه شيئًا، وظاهر كلام الرَّافِعِي وجماعة النقض مطلقًا إذ لم يستثنوا إلا مسألة العبد، وحينئذ يمكن أن يفرق بضعف مأخذ القول بقبول شهادة الكفار لمخالفته ظواهر النصوص بخلاف العبد، فإن الخلاف فيهم متماسك جدًا وهم من أهل الرواية والفتيا بخلاف الكفار ويحتمل أن يقال: بالتزامه؛ لأنه موضع اجتهاد ثم رأيت شريحًا الرُّويَانِي: إنه إذا حكم الحنفي بشهادة أهل الذمة هل ينقض؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الرد بالنص يعني قوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ﴾ [الحجرات: ٦].

....

والثاني: لا ينقض لقوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] لكن هذا فيما إذا حكم بهما عالمًا بحالهما، أما لو حكم بهما ظانًا إسلامهما فهل يختلف الحال؟ هذا موضع نظر كما قدمناه.

تَنْبِيهَاتٌ: لو حكم بمن ظنهما رجلين فبانا خنثيين، ثم علم بذلك قبل اتضاح حالهما هل يكون كما لو بانا امرأتين لو يقال: يوقف الأمر على تبين حالهما لم أرَ فيه نصًا والظاهر الأول؛ لأن من شرط الحكم فيما يظهر العلم بذكورتهما عند الحكم، فإن صح هذا فلم يطلع على خنوثتهما إلا بعد اتضاح ذكورة بعضه أيضًا لفقدان الشرط المذكور، ويحتمل ألا يشترط ذلك، ويكفي الظن فعلى هذا يظهر عدم النقض، ويحتمل أن يخرج على ما لو اقتدى بخنثى ظانًا ذكورته، ثم بانت ذكورته من بعد هل يقضي؟

إن قلنا: نعم، وهو الأظهر نقض الحكم هاهنا وإلا فلا، وربما سبق في شهود النكاح شيء من هذا، وينبغي أن ينظر هل بانت الذكورة بقولهما أو غيره وقد لا يفرقه.

قال الإمام والغزالي: والمعني بالنقض إنا نتبين أن القضاء لم ينفذ وتظهر ثمرة هذا في العوائد الحادثة من العين المحكوم بها من وقت الحكم إلى أن يقضي فتكون لرب العين.

وقال الرُّويَانِي: إذا بان الرق المذهب أنه يقف على النقض، وما ذكره أخذه من قول المَاوَرْدِي أنهما إذا بانا كافرين لم تحتج إلي، أي: بل بذلك وقوعه باطلًا، وأما إذا بانا عبدين فوجهان مبنيان على أن الاختلاف في شهادة العبد لماذا ردت هل بنص أو إجماع عن ظاهر أو اجتهاد ظاهر؟

فمن جعل دليله النص أو الإجماع جعله باطلًا لا يفتقر إلى الحكم بنقضه، لكن على الحاكم أن يظهر بطلانه، ومن جعل دليله قوة الاجتهاد في شواهده جعله موقوفًا على الحكم بنقضه وهو مذهب الشَّافِعِي رضي الله عنه؛ لأنه قال: من بعد:
وَرَدُّ شَهَادَةِ الْعَبْدِ إِنَّمَا هُوَ بِتَأْوِيلٍ.

وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال المَاوَرْدِي: وَلَيْسَ بِتَحْرِيفِ السِّجِلِّ نَقْضًا لِلْحُكْمِ حَتَّى يَنْقُضَهُ بِالْحُكْمِ قَوْلًا، وَوَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُسَجِّلَ بِالنَّقْضِ كَمَا أَسْجَلَ بِالْحُكْمِ لِيَكُونَ السِّجِلُّ الثَّانِي مُبْطِلًا لِلسِّجِلِّ الْأَوَّلِ، كَمَا صَارَ الْحُكْمُ الثَّانِي نَاقِضًا لِلْحُكْمِ الْأَوَّلِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ أَسْجَلَ الْحُكْمَ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِسْجَالَ بِالنَّقْضِ، وَإِنْ كَانَ الْإِسْجَالُ بِهِ أَوْلَى.

قال: ولو كان ذلك في عقد نكاح عقد بشهادتهما افتقر إلى حكم الحاكم بنقضه؛ لأن مالكًا يجيز عقد النكاح بغير شهود إذا أعلن به، وهل يحتاج في نقض الحكم بشهادة الفاسق إلى الحكم به قال ابن الرِّفْعَة، قال المَاوَرْدِي: نعم حكي ذلك فيما ثبت النكاح بشهادتهما ثم ظهر فسقهما، وقال إنه لا ينتقض بمجرد فسقهم، انتهى.

وما أطلقه فيما إذا بانا كافرين لعل محله إذا كان من حكم بشهادتهما يرى بطلانها، أما لو كان ممن يراها ثم رفع حكمه إلى من يرى بطلانه فالظاهر افتقاره إلى النقض كما لو بانا عبدين.

قال: (**وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي الْأَظْهَرِ**) كسائر من سبق وبل أولى؛ لأن اعتبار العدالة منصوص عليه في غير آية، والثاني: لا ينقض؛ لأن فسقهم إنما يعرف ببينة تقوم به، وعدالة تلك البينة إنما تدرك بالاجتهاد، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وقيل: ينقض قولًا واحدًا، وعزاها المَاوَرْدِي وغيره إلى الجمهور، وأن ذلك مذهب الشَّافِعِي لا يختلف قوله فيه، وأنه المنصوص عليه في جميع كتبه، وصححهما الرُّويَانِي وغيره وهي الحق البين، ومنعوا التخريج وتخريج الرَّافِعِي طريقة القولين ضعيف.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: بل القاضي بشهادة الفاسق أبين خطأ من القاضي بشهادة العبد وذلك أن الله تعالى قال: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢] وقال ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وليس الفاسق واحدًا من هذين فمن قضى بشهادته فقد خالف حكم الله ﷻ وعليه رد قضائه، ورد شهادة العبد إنما هو تأويل ليس ببين، واتباع بعض أهل العلم، أي: بخلاف الفاسق فإنه مردود بالنص والإجماع.

....

وقول الثاني: إن فسقهم إنما يدرك بالاجتهاد غير مسلم على الإطلاق، بل قد يعلم يقينًا بأن يعاينهم الحاكم المرفوع إليه الحكم بشهادتهم قبيل شهادتهم على ما يقطع بفسقهم به من الكبائر، وأيضًا فخبر الواحد العدل ينقض به الحكم، وإن لم تدرك عدالته إلا بالاجتهاد.

وقد ذكر الرَّافِعِي أنه لو بان فسق شاهدي النكاح عند عقده طريقتين:

إحداهما: إنا نتبين البطلان؛ لأنه بان فوات شرط العدالة كما لو بانا كافرين أو عبدين.

والثانية: على قولين: قال: وهما كالطريقتين فيما إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسقين هل ينقض الحكم؟ والأصح تبين البطلان وإن أثبتنا الخلاف فظاهر كلامه ترجيح طريقة القطع بالبطلان وهو ما أورده في «الرَّوْضَة» و«المنهاج» هناك.

فَرْعٌ: لو سمع القاضي شهادة عدلين ثم فسقا قبل الحكم لم يجز الحكم لوقوع الريبة، فإن الفسق مما يخفى غالبًا فربما كانا فاسقين يوم الشهادة، وكذا لو ارتدا على الصحيح، وقيل: لا يمنع الحكم بشهادتهما المسموعة، وقيل: يفرق بين المعلن والمشترك، ولو أديا ثم ماتا أو جنا أو عميا أو خرسا ويجوز تعديلهما بعد حدوثها.

قال الرَّافِعِي: وألحق الـمُزَنِيّ ظهور الفسق والردة بعروض هذه الأحوال، ولم يجعلهما ما تعين من الحكم، ولو فسقا أو ارتدا بعد الحكم والاستيفاء لم يؤثر بحال، وإن وقع ذلك بعد الحكم وقبل الاستيفاء فكرجوع الشاهدين في هذه الحالة وفيه تفصيل وخلاف يأتي، والأصح أنه لا أثر له في المال بل يستوفى ولا يقدر استناد الفسق بعد نفوذ الحكم إلى الماضي.

قال الرَّافِعِي: وأصحاب الطريقة القاطعة بالنقض فيما إذا بان أنه حكم بشهادة فاسقين منهم من ينزل الخلاف على هذه الصورة، انتهى.

وسبق في القضاء على الغائب عن ابْن كَجٍّ وغيره أنه إذا حدث فسق القاضي

....

الكاتب قبل العمل بكتابه أنه لا يمضي من غير فرق بين كتابي الحكم والإشهاد وبين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالحنث وقيام الفسق به يوم الحكم.

وقال الرَّافِعِي هناك: إنه قضية إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصباغ، وتكلمنا معه هناك، وقال ابن الرِّفْعَة هناك إثر قول «التَّنْبِيه»: وإن كان قد حكم لم يبطل وقد بطلت الفرق بينه وبين ما لو فسق الشاهد في الواقعة بعد الحكم بشهادته، فإن في نقض الحكم طريقين:

أحدهما: القطع بعدم النقض وهو نظير ما قالوه هنا، يعني في حكم القاضي.

والثاني: حكاية قولين، وعلى هذا يطلب الفرق، ولكن في الرَّافِعِي أن القاضي ابْن كَجٍّ وذكر ما تقدم وقضية إطلاق ابن الرِّفْعَة نقل الطريقين في الشهود يفهم أنه لا فرق بين أن يقع بعد الحكم بنص أم لا، وإليه يشير فرق ابْن كَجٍّ نعم ينبغي أن يفرق بين بعد العهد وقربه، لكن ابن الرِّفْعَة قال: قبيل باب الإقرار من «الكفاية»: وقد أفهم قول الشيخ: وإن بان أنهما كانا فاسقين عند الحاكم الاحتراز عما إذا بان أن فسقهما حدث بعد الحكم، وقد قال المَاوَرْدِي في هذه الحالة: ينظر فإن كان بعد استيفاء الحق فلا يجوز النقض كان الحق لله تعالى أو لآدمي، وإن كان قبل الاستيفاء فإن كان الحق مالًا أو في معنى المال لم ينقض الحكم أيضًا ويجب استيفاؤه، وإن كان حدًّا لله تعالى سقط بحدوث الفسق فلا يستوفى، وإن كان حدًّا لآدمي أو قصاصًا نفى سقوطه.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: أطلق المصنف وغيره أنه لو بان فسقهما عند الحكم نقضه كما سبق، وقيده القاضي الحسين بما إذا كان الفسق ظاهرًا غير مجتهد فيه، ونزل ابن الرِّفْعَة إطلاق «التَّنْبِيه» عليه، قال القاضي الحسين: أما إذا كان الفسق مجتهدًا فيه فلا خلاف أنه لا ينقض.

قلت: وبسط هذا ما ذكره الْبَغَوِي في «تعليقه» ولو بانا فاسقين بأن شهد

....

شاهدان بفسقهما يوم القضاء لم تقبل شهادتهما مطلقًا حتى تبينا السبب؛ لأنهما ربما يريان ما ليس بفسق فسقًا، ثم ينظر بعد ذلك في الفسق إن كان مجتهدًا فيه مثل شرب النبيذ، فإنه لا ينقض قضاءه الاجتهاد بالاجتهاد، وإن كان الفسق مقطوعًا به كالزنا واللواط وشرب الخمر فهل ينقض قضاءه أم لا؟ فيه قولان إلى آخره، وذكره في «التهذيب» ملخصًا، وفي «شرح مختصر الجويني»: وإذا قضى القاضي فبان في الشهود فسق متقادم مستند إلى حالة القضاء فالمذهب أنه ينقض ذلك الحكم، وإنما ينقض إذا كان هذا الاجتهاد في معرفة فسقهم أجلى وأوضح من ذلك الاجتهاد الذي كان في معرفة عدالتهم عند الحاكم بشهادتهم؛ وذلك لأنه إنما يعرف فسقهم بشهادة الشهود وهو بناء على الظاهر فيحتاج فيه أيضًا إلى الاجتهاد فيشترط أن يكون هذا الاجتهاد أوضح من الأول لئلا ينقض المثل بالمثل هذا لفظ المعتبر في «شرح المختصر» وعلى ذلك جرى الغزالي في «الخلاصة».

ومنها: محل الخلاف عند الإمام والغزالي وغيرهما كما ذكرناه في كتاب القضاء إذا كان المحكوم حاضرًا قادرًا على النطق بحجته أما إذا لم يقدر عليها لصغر أو جنون أو غيبة، فإنه ينقض قولًا واحدًا، وذكرنا هناك فيما أحسب أن كلام غيرهم يقتضي جريان الخلاف في هؤلاء أيضًا.

ومنها: في «فتاوى الْقَفَّال»: إنه إذا حكم له الحاكم نحو شاهدين، فقال: إن الشاهدين كانا كاذبين لزمه أن يرد ما أخذ؛ لأنه أقر أنه أخذه ظلمًا بغير حق، وإن قال: كانا فاسقين وكانا صادقين أو كانا كافرين أو عبدين لا يلزمه رده؛ لأن الحكم قد استقر ويجوز أن يكونا صادقين مع كفرهما ورقهما.

قلت: إن أراد أنه لا يلزمه باطنًا فلا فرق في جميع الصور إن كان يستحقه، وإن أراد ظاهر وهو الظاهر فإن أراد أنه لا يلزمه من غير طلب المحكوم عليه وهو محق في الأخذ فصحيح، وإن أراد أنه لا يلزمه مع طلب المحكوم عليه أو من يقوم مقامه من ولي وحاكم أو قيم أو وقف فممنوع؛ لأنه اعترف بأخذه من غير طريق صحيح وهو أبلغ من قيام بينة بفسقهما أو كفرهما

....

أو رقهما، ولا يصدق في الاستحقاق باطنًا؛ لأنا لا نعلمه إلا بالطريق التي اعترف ببطلانها.

ومنها: قالا: لو قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين قد بان لي أنهما كانا فاسقين ولم تظهر بينة تشهد بفسقهما، قال الغزالي في «الفتاوى»: إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك قال: ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما وكنت أعرف فسقهما قبل قوله من غير بينة بالإكراه، ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود أو ولدين أو عدوين للمشهود عليه فكذلك ينقض الحكم.

قلت: الفرعان الأولان في «الفتاوى»: وينبغي أن يكون موضع قبول قوله في صورة الإكراه إذا كان الإكراه مما يسوغ الإقدام على ذلك الحكم وإلا فهو معترف على نفسه بالخطأ فلا يتعدى اعترافه إلى غيره إلا أن يقال: إنه لو قال: كنت يوم الحكم فاسقًا، فلم يقع الحكم فبلغه أنه يقبل منه ذلك وينقض حكمه الماضي على الصفة في الظاهر وهو بعيد وينبغي القطع بأنه لا ينقض كما لو قال الشاهد بعد الحكم بقوله: كنت فاسقًا أو عدوًا لمن شهدت عليه يوم القضاء بشهادتي فلا يلتفت إليه والله أعلم.

ومنها: في «القواعد» أنه لو أكره بالقتل على شهادة الزور أو الحكم بباطل، فإن كان مما أكره على الشهادة أو الحكم به قتلًا أو قطع عضو أو إحلال بضع محرم لم تجز الشهادة ولا الحكم، وإن كانت الشهادة أو الحكم بمال لزمه إتلافه حفظًا لمهجته كما يلزمه حفظها بأكل مال الغير، وقال بعد هذا لو أكره على شهادة الزور بالقتل أو بما يؤدي إليه كقطع عضو، فإن كان المشهود به يتضمن قتل نفس معصومة أو زنا أو لواطًا لم تجز الشهادة، وإن كانت الشهادة بغير ذلك جازت لحرمة النفس والإكراه على الحكم كهو على شهادة الزور وصور - رَحِمَهُ اللَّهُ - وقت البحث وقوع ذلك في اللواط بأن يكرهه بأن يشهد أن هذا غلامه وهو يعلم أنه إذا شهد له بذلك لاط به بعد استيلائه عليه وكذلك الزنا بالأمة.

وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، ....

قال: (**وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ**) أي: لعدم تهمتهم بدفع عار الرد بخلاف الفاسق كما سيأتي، وأطلق «المحرر» و«المنهاج» الكافر وهو محمول على من يظهره، أما لو كان بسره ثم أعادها بعد التوبة؛ فالأصح في «الرَّوْضَة» وهو القياس في أصلها عدم القبول، وكذا ينبغي أن يكون حكم كل من يكفره ببدعته إذا رجع عنها وتاب، وإن كان يظهرها من قبل بخلاف الكافر الأصلي كذا خطر لي ولم أر فيه نصًا، لكن في «فتاوى الْقَفَّال»: إن المرتد لو شهد فرد ثم أعادها بعد الإسلام قبلت كالكافر بخلاف الفاسق، وكأنه أراد المرتد المظهر للردة أو يكن يرى أنه لا فرق بين المعلن بالكفر والمسر به.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنه لا فرق فيمن ردت شهادته بالكفر ثم أسلم وأعادها بين أن يكون متظاهرًا بكفره أو كاتمًا له، وعن ابْن كَجٍّ حكاية وجهين في قبول شهادة الكافر، وقال الرَّافِعِي: إن قضية كلام الأصحاب تقتضي المنع، انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب هو عدم الفرق بين المعلن وغيره، فإن صح هذا بقي كلام «المنهاج» وأصله على إطلاقه والمختار ما قدمناه.

فَائِدَةٌ: وذكر في «الْبَسِيط» في باب الرجوع عن الشهادة: إنهم إذا رجعوا وقالوا: تعمدنا الكذب، لم تقبل شهادتهم إلا بعد التوبة ثم بعدها تقبل في غير تلك الواقعة، فلو عادوا وشهدوا وقالوا: كذبنا في الرجوع لم تقبل تلك الشهادة بحال؛ لأن الفاسق مؤاخذ بقوله في إسقاط شهادته، وهذا من أثر الرجوع والتكاذب لا من أثر الفسق حتى يجب طرد ذلك في العبد إذا شهد وكذب نفسه ثم أعاد بعد العتق هذا ما يظهر لي، وإن لم يجر على هذا الوجه بل ما اعتمدناه في رد الشهادة، انتهى.

وقال صاحب «المستعمل»: قال ـ يعني الشَّافِعِي ـ: ولو شهد وهو حر بشهادة فإن كان فاسقًا ردت، فإن صلحت حاله فأداها بعينها لم تقبل ولو كان حين أداها عبدًا ليس بفاسق أو صبي أو كافر فردت ثم أعادها وهو ممن تقبل شهادته قبلت، انتهى.

أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا، ....

وقضيته أن موضع قبول المعادة من العبد إذا كان عبدًا عند شهادته الأولى، وإنما ردت للرق فحسب، وهو قضية كلام الأصحاب وإنما أردت البينة عليه.

قال: **(أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا)** أي: لأنه كان يخفي فسقه والرد يظهره فينبغي في دفع عار الرد السابق، وقال المُزَنِيّ في «المنثور» وأبو ثور: تقبل كما لو أعادها الثلاثة قبله.

قال الرَّافِعِي: والفرق من وجهين:

أحدهما: أن العدالة والفسق يدركان بالنظر والاجتهاد، والظاهر من حال المسلم العدالة، لكن القاضي بعد البحث قد يؤدي اجتهاده إلى فسق الشاهد فيحكم بردها، وما يحكم برده لا يحكم بقبوله كعقد أبطله ليس له أن يصححه والعبد والصبي والكافر ليس لهم أهلية الشهادة، وما أتوا به ليس بشهادة حتى تقبل أو ترد ولو علم القاضي حالهم لم يصغ إلى كلامهم، وهذا الفرق هو ما أشار إليه الشَّافِعِي.

والثاني: قال الأصحاب هؤلاء الثلاثة لا يعتبرون بالرد، أما العبد والصبي فنقضهما ليس إليهما، وأما الكافر، فلا يرى كفره نقضًا، بل يفتخر به ولا يبالي برد شهادته لأجله والفاسق يتغير بالرد؛ لأنه يظهر فسقه الذي يسعى في إخفائه ويعتبران بأنه نقض؛ ولأنه يتهم بالكذب والمجازفة إذا ردت شهادته، فإذا أعادها فقد يريد دفع غضاضة الكذب، أو ترى أنه كان القاضي مخطئًا في ظن الفسق به فلما تبين له خلافه قبل شهادته، وقد يتوهم أنه على فسقه لكن أظهر التوبة ليعيد الشهادة ويدفع العار، ومثل هذا لا ينفذ في بلوغ الصبي وما في معناه، فإن كان الفاسق معلنًا بالفسق حين شهد ففي قبول شهادته المعادة بعد التوبة وجهان، والأئمة إلى أنها لا تقبل أميل، واختاره القاضي الرُّويَانِي وينسب إلى ابن أبي هريرة، واختار القاضي أبو الطيب القبول وينسب إلى أبي إسحاق، والوجهان يتخرجان على الفرقين إن قلنا بالثاني فرد شهادته لا يظهر فسقه؛ فإنه ظاهر، وهو غير مبالٍ لا يعده عارًا كالكافر فوجب

....

أن تقبل، وإن قلنا بالأولى فقد جرى الحكم برد شهادته، لكن هذا إنما يتضح أن لو أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها وفيه وجهان الذي ذكره الشيخ أبو محمد واستحسنه الإمام أنه لا يصغي إليها كشهادة العبد والصبي، انتهى لفظه.

تنبيهات ونكت:

منها: قال في «أصل الرَّوْضَة» مختصرًا لكلام الرَّافِعِي في الفاسق المعلن: فلو كان معلنًا بفسقه حين شهد ففي قبول شهادته المعادة وجهان: أصحهما عند الأكثرين: لا تقبل أيضًا، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها، وفي الإصغاء وجهان: أصحهما، وبه قال الشيخ أبو محمد واستحسنه الإمام: لا يصغي كشهادة العبد والصبي، انتهى.

فزاد أشياء:

أحدها: إن الرَّافِعِي لم يثبت بصحيح الرد إلى الأكثرين، وإنما أشار إلى ميل الأئمة إليه، ولفظه بقوله: الإمام وسعته ويريدون بها الْقَفَّال والقاضي الحسين ونحوهما من المراوزة لا الأصحاب.

وعبارة «الشرح الصغير» أرجحهما: لا تقبل ولم ينسبه إلى أحد بل قضية ما نسبه إلى الأصحاب من الفرق الثاني القبول كما صرح به في كلامه على تخريج الوجهين على الفرقين.

الثاني: قوله: وإنما يجيء الوجهان، يشعر بنقل ذلك، ولم أر من صرح به، وإنما هو بحث واستنباط من الرَّافِعِي، وغيره أطلق الخلاف من غير فرق بين الإصغاء والرد وعدمهما.

الثالث: قوله: أصحهما وبه قال الشيخ أبو محمد عبارة الرَّافِعِي ما سبق نعم صرح به في «شرحه الصغير» بأنه أظهر وفي «الْبَسِيط» و«الذَّخَائِر» أنه الظاهر، والثاني يصغي ثم يرده زجرًا، وهو بعيد.

قلت: وكلام صاحب «التَّنْبِيه» وغيره من العراقيين يقتضي الإصغاء حيث

....

قالوا فإن شهدوا وكانوا فساقًا عند القاضي لعلمه به أو لقيام بينة به، قال: للمدعي: زدني شهودًا تحسينًا للرد، وبسطت الكلام هنا في «الْغَنِيَّة» والصحيح على الجملة عدم الإصغاء إلى شهادة المعلن بفسقه بل يجب الجزم به.

ومنها: حكى الرَّافِعِي عن أخبار القاضي أبي الطيب قبول شهادة المعلن المعادة تبعًا «للشامل» والذي رأيته في «تعليقه» الجزم بعدم الفرق فلعله اختاره في غيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وادعى القاضي الحسين في موضع أنه لا خلاف في قبول شهادة المعلن بالفسق المعادة بعد التوبة، وهو قضية التعليل السابق عنه؛ لأن الرد في هذه الحالة لم يكن بالاجتهاد بل ملحق برد شهادة الكافر؛ ولذلك قال المَاوَرْدِي بعدما ذكرناه عن القاضي من التعليل: وقضية هذه العلة سماع شهادة المعلن بالفسق إذا أعادها بعد التوبة ولو قيل به لكان وجهًا، وهذا الكلام منه يقتضي أن المذهب عدم القبول، وقد حكى القاضي الحسين الوجهين في موضع آخر كغيره من المراوزة.

ومنها: في حكم من رد لفسقه ثم أعاد بعد التوبة من رد لطرحه المروءة ثم أعادها بعد التزامه المروءة نص عليه الشَّافِعِي فيهما، وما أحسن قول «التَّنْبِيه»: وإن شهد الفاسق أو من لا مروءة له فردت شهادته وحسنت طريقته، وإنما تلك الشهادة لم تقبل وهل يجئ الوجه الفارق بين المعلن بالفسق وغيره في المعلن بطرح المروءة وغيره؟ فيه نظر.

ورأيت في «روضة الحكام» عكس التفصيل المشهور في الفاسق المعلن ولفظه: وقد قيل: إن كان معلنًا بفسقه لم تقبل، وإن لم يكن معلنًا قبلت، انتهى.

وهو غلط من ناقل أو غيره، ورأيت فيها في باب إعادة الشهادة المردودة أن يكون قد أبطلها ـ يعني لفظًا ـ وقيل: الرد ألا يحكم بها بعد مطالبة المدعي بالحكم بها، وقيل: إذا لم يحكم بها فقد ردها سواء طالبه المدعي بقبولها أم لا، انتهى.

....

وفي نقل الوجه الأول خلل في النسخة وظننته كما ذكرته، فالله أعلم.

فُرُوعٌ: لو ردت شهادته لعداوة فزالت ثم أعادها لم تقبل على الأصح، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبة بمال أو لعبده بنكاح فردت فأعادها بعد عتقهما، وبالقبول أجاب ابن القاص واقتضى كلام «الشامل» هنا ترجيحه وصححه الفارقي وجزمه ابن أبي عصرون في المكاتب، ومقابله هو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال، ويجريان فيما لو شهد شقيقان بعفو نالت قبل عفوهما فردت ثم عفو أرادها، وفيما لو شهد لمورثهما بجراحة غير مندملة فردت ثم أعاداها بعد الاندمال وأجريا فيما شهد بالجراحة قبل الاندمال وهو وارث، ثم حدث للمجروح من يحجبه فأعادها ذكره المَاوَرْدِي وغيره.

إذا قلنا: لا تقبل شهادة الحسبة بحق آدمي فأعادها المبادر في محلها.

قال في «الذَّخَائِر»: فأظهر الوجهين قبولها.

وإن قلنا: لا تقبل شهادة الفاسق المعادة، وسيأتي بيان ذلك من كلام الإمام والغزالي.

لو ردت شهادة الفرعين لفسق الأصل ثم تاب فأعادا تلك الشهادة أو أعادها الأصل لم تقبل، وكذا لو شهد على شهادته عين هذين الفرعين قبل أن ترد شهادة هذين أو بعده فجاء فشهدا لا تقبل قاله القاضي الحسين، ونقله الرَّافِعِي عن «أمالي السرخسي».

قال السلمي في كتابه في الخناثى: إذا أقر الخنثى بالذكورة قبل وحكمنا برجولته، وإذا شهد بعد ذلك قيل: ولو شهد بذلك قبل أن يقر بزوال الإشكال فرد فعاد وقال أنا رجل قبل إقراره وحكم برجوليته ولم تقبل شهادته المردودة؛ لأنه متهم في الإقرار ليروج الشهادة كالفاسق يعيدها بعد العدالة للتهمة، ولو شهد فردت شهادته ثم زال إشكاله بعلامة وثبت كونه رجلًا ثم أعاد الشهادة قبل؛ لأنه غير متهم كالعبد يعيدها بعد العتق وسواء زال إشكاله بعلامة قطعية كالإحبال، أو ظنيّة كبيان اللحية ونحوه، أي: إذا جعلناه علامة.

وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ، وَقَدَّرَهَا الْأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ، ....

قال: (**وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا**) أي: لعدم التهمة فيها بخلاف المعادة بعد الرد بالفسق.

قال: (**بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ، وَقَدَّرَهَا الْأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ**) هذا الكلام مسوق لبيان التوبة من المعصية الفعلية كالزنا والسرقة والغصب وغيرها من الكبائر إذا ظهرت على مرتكبها فمجرد إظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول شهادته وعود ولايته؛ لأن التوبة من أعمال القلوب وهو متهم بإظهارها لترويج شهادته وعود ولايته فلا بدّ من يضمن اختباره مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريرته وأنه صادق في توبته، وهل تتقدر تلك المدة؟

قال جماعة: لا، وإنما المعتبر حصول غلبة الظن للحاكم بصدقه، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق، ومن صححه القاضي الحسين والإمام والغزالي والعبادي كما قاله الرَّافِعِي وصاحب «التَّرْغِيب» وغيره، واختاره ابن عبد السلام في «القواعد».

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: إنه الصحيح وهو المختار كما سيأتي المختار تقريره.

وقال آخرون: تتقدر، فعلى هذا قال الأكثرون، ولم ينقل في «التهذيب» عن الأصحاب سواه، فإن لمضي الفصول الأربعة أثرًا بيِّنًا في تهييج النفوس واتقائها لمشتهياتها، فإذا مضت على السلامة أشعر ذلك بحسن السريرة، وأيضًا فإن لها اعتبارًا في الشرع في مدة العنة وحول الزكاة والدية والجزية، وهل السنة تحديد أو تقريب؟ وجهان في «الْحَاوِي».

قلت: والثاني أشبه، وقيل يكفي ستة أشهر لظهور عورة إن كانت، قاله جماعة.

قال الرَّافِعِي: ونسبوه إلى النص.

قلت: ولا يصح عنه، وبه أجاب العبادي في «أدب القضاء» وهو شاذ.

....

قال القاضي أبو الطيب: ولا معنى له فإنه لم يرد في الشرع التقدير بها في الأحكام، وقضية كلام «الشامل» و«البيان» و«الْحَاوِي»: إنه ليس وجهًا لنا حيث قالوا ومن الناس من قدرها بستة أشهرٍ، ولعل قائله من الأصحاب أخذه من قوله في «الأم»: فلا تقبل شهادته إلا عدة أشهر يختبر فيها ولا يصح الأخذ منه، والأقرب أنه أشار بذلك إلى اعتبار مدة طويلة يظهر فيها صدقه لا أشهرًا معدودة وإلا لاكتفى بثلاثة أو أربعة، وهي معتبرة في مواضع.

وعبارة الدَّارِمِي: والمدة أشهر ونحو ذلك، وحكى إبراهيم المروزي عن اختلاف أصحابنا أربعة أوجه: منهم من قال: سنة، ومنهم من قال: ستة أشهر، ومنهم من قال: شهر واحد، ومنهم من قال: قدر ما يقع في قلب القاضي أرعواؤه عن غيِّه وحسن حاله، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي في كلامه على توبة القاذف: ثم إذا تاب فإنه تقبل شهادته في الحال اللهم إلا إذا كان به فسق سابق سواه فحينئذ لا تقبل شهادته إلا بعد استبراء حاله وحسن طريقته بأن يمضي بتبين القاضي توبته، وذلك إنما يعرف بالعادة، وقد قيل: سنة وقيل: ستة أشهر وقيل: شهران وقيل: شهر واحد، إلا أن الصحيح أنه لا تقدير له لكن إذا استفاض فيما بين الناس توبته وغلب على قلب القاضي، وقيل في القذف وجه آخر أنه يستبرأ حاله كما لو كان فاسقًا قبله.

قال: وقال النَّجَّارِيُّ: يستبرأ حاله خمسين يومًا، يعني حال الفاسق غير القاذف بدليل المتخلفين عن غزوة تبوك فما قبل توبتهما إلا بعد خمسين يومًا، انتهى لفظه.

واشتمل على نقل خمسة أوجه في مسألتنا إذا عرفت هذا فقد قال الإمام في تضعيف التقدير: وكيف الطمع والتقدير لا يثبت إلا توفيقًا.

وقال الغزالي في «الْبَسِيط»: الاستبراء واجب في جميع الكبائر إذ لو حكمنا بمجرد قول الفاسق ثبت ولصار ذلك ذريعة هينة للفاسق فلا بدّ وأن

....

يراقبه سرًا وجهرًا حتى يتبين لنا اعتداء لإثم، قيل: يتقيد بسنة، وقيل: إنها ستة أشهر، والكل يحكم فقد قال الشَّافِعِي: يسير به أشهرًا فلا ضبط، ويختلف ذلك بالأحوال والأشخاص فرب شخص كتوم يعسر الوقوف على سرائره فيطول استبراؤه، ورب معلن لأسراره لا يتماسك في الإخفاء فيقرب والمراد حصول الظن بالعدالة، انتهى.

وما قاله غاية في الحسن وقوله: فقد قال الشَّافِعِي، يشير به إلى أن النص يدل على عدم التقدير لا عليه كما أشرنا إليه من قبل.

وقال ابن المنذر في شاهد الزور إذا تاب وظهرت توبته: فعلى مذهب الشَّافِعِي والكوفي يجب قبول شهادته إذا أتت على ذلك مدة يظهر في مثلها بتوبته وبه قال أبو ثور، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الأم» في اختلاف العراقيين: والتوبة مما كان ذنبًا بالفعل مثل الزنا وما أشبهه فبترك الفعل مدة يختبر فيها حتى يكون ذلك معروفًا، وإنما يخرج من الشيء بترك الذي به فيه، انتهى.

فهذا النص لم يذكر فيه أشهرًا بل أحاله على ما يعرف فهذا هو المذهب، وقال ابن عبد السلام في «القواعد»: التقدير بحكم والمختار أن ذلك يختلف باختلاف ما ظهر من التائبين من التلهف والتأسف والتندم والإقبال على الطاعات وحفظ المروءات والتباعد عن المعاصي والمخالفات.

تَنْبِيهَاتٌ: قضية كلام الرَّافِعِي وغيرهما أن المعصية الفعلية إذا ظهرت وجب الاستبراء لا محالة، وكلام المَاوَرْدِي يقتضي تخصيص ذلك إذا تظاهر بالمعصية أو ظهرت عليه، أما لو تاب أولًا منها وسلم نفسه لإقامة الحد عليه من غير ظهور المعصية، فإنه يعود بعد التوبة إلى حاله قبل المعصية، فإن كان مقبول الشهادة قبل المعصية قبل بعد التوبة ولم يتوقف لاستبراء حاله؛ لأنه لم يظهر التوبة عما كان مستورًا عليه إلا عن صلاح يغني عن الاستبراء، وإن كان غير مقبول قبلها وجب الاستبراء لجواز التصنع به.

....

قول «الْبَسِيط»: الاستبراء واجب في جميع الكبائر، لا يفهم منه أنه لا يجب في الصغائر إذا رددنا بها الشهادة لكثرتها، بل متى حكمنا بفسقه بفعل محرم وجب الاستبراء لوردت شهادته بفعله ما أخل بمروءته من غير المحرمات كما بيناه، فهل يحتاج إلى الاستبراء إذا رجع عنه وأقلع ولزم الصيانة أم لا؟ لم أر فيه تصريحًا إلا قول صاحب «التَّنْبِيه»: ومن ردت شهادته بمعصية غير الكفر أو لنقصان مروءة فتاب لم تقبل شهادته حتى يستمر على التوبة سنة، فصرح بأن من رد لنقصان مروءته إذا ترك ذلك لم يحتج إلى استبراء كالكافر يسلم، والظاهر أنه لا بد منه في الجملة، وحصول غلبة الظن بالعود إلى حفظ المروءة من غير تقدير بأشهر أصلًا.

سبق عن «الذَّخَائِر»: إنا إذا لم نقبل شهادة الحسبة بحق آدمي فأعادها المبادر في محلها فأظهر الوجهين قبولها، وإن قلنا: لا تقبل المعادة كما سبق في الفاسق وجرى استبراء يليق به وهو دون استبراء الفاسق فهل يقبل؟ وجهان، انتهى.

وأخذه من قول «الْبَسِيط» في آخر دعوى الدَّم: فإن قلنا: تقبل المعادة، فلا كلام وإن قلنا: لا تقبل، فلو تاب عن المبادرة إلى الشهادة وجرى استبراء يليق به دون استبراء الفاسق لا محالة فهل تقبل إذا أعاد؟ وجهان، وأصله قول إمامه هناك نقلًا عن الأصحاب أنهم قالوا لو رددنا الشهادة المعادة فالمخلص من ذلك أن يتوب ويذكر أنه لا يعاود مثله، ولا يبادر الشهادة قبل الاستشهاد، ثم الفاسق إذا تاب لا تقبل توبته حتى يستبرأ أشهرًا، قال الأصحاب: هذا المبتدر يستبرأ أيضًا، ولا يبلغ استبراؤه مبلغ استبراء الفاسق يتوب، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وحد القاضي الحسين ذلك في «تعليقه» بيومين أو ثلاثة.

وقال الإمام متصلًا بما قدمته عنه: فإن الغرض يحصل بأن يبين لنا شبهة لإقامة الشهادة في حينها ووقتها، وترك ما يدل على غرضه في التسوف والابتدار، وهذا المسلك، وإن كان ظاهرًا فليس على ما أوثره وأحبه، انتهى.

جزم الْبَغَوِي بأنا إذا قلنا: يصير المبادر مجروحًا بالمبادرة، أنه لا يشترط استبراء حتى لو شهد في حادثة أخرى يسمع، ولو أعاد تلك الشهادة في غير ذلك المجلس تقبل كذا نقلاه عنه وأقراه كما سبق وفيه نظر، والوجه إنا إذا حكمنا بجرحه بالمبادرة أنه يجب الاستبراء.

اعلم أن قول «الْبَسِيط»: فلا بدّ أن يراقبه سرًّا وجهرًا حتى يبين لنا اعتدالًا هو من كلام إمامه ويوافقه كلام غيره إذ الاستبراء مأخوذ من الستر وهو الاختيار، وسبق في فصل الجرح ما قد يشكل على هذا فمنه قول المَاوَرْدِي: لو شهدا بجرحه في سنة أو بلد ثم شهد اثنان بتعديله في سنة بعدها أو في بلد آخر انتقل إليه حكم بتعديله دون جرحه؛ لأنه قد يتوب وينتقل عن الفسق إلى العدالة ويهفو كثير من الناس ثم يستقيموا، وقضية هذا وما سبق معه هناك الاكتفاء بالتعديل الطارئ على الفسق السابق؛ لأنه قد يتوب وهذا حكم بالتعديل بمضي الزمان من غير مراقبة ولا اعتبار غاية ما يقال: إنهم إنما يشهدون بعدالته إذا علموا سبب الجرح وأنه تاب منه وأصلح؛ لأنا نقول الظاهر أنهم بنوا ذلك على الظاهر من حاله من غير مراقبة ولا اختبار؛ لأن من انتقل إلى بلد ولازم فيه سبل التقوى مدة شهد فيه أهل ذلك البلد بالعدالة وقبول الشهادة سواء مضت مدة الاستبراء أم لا إذا لم يروا سوى أمارتها، وأكثر الناس يخفى عليهم اشتراط مدة الاستبراء وأنه سنة على المرجح، وقد نازع الرَّافِعِي فيما سبق في اشتراط تقدم المعرفة في التعديل وحاول تأويله وهو خلاف النص.

وقول الجمهور: وقضية اعتبار مضي سنة أو غيرها كما سبق أنه لا بد أن يعلم القاضي أن المعدلين بعد الفسق السابق المحقق خيروه الاختيار المعتبر هاهنا، ولا سيما إذا كانوا ممن يخفى عليهم اعتبار ذلك وأنه لا يكتفى بإطلاقهم القول بأنه عند انتقاله إلى بلد آخر أو بأنهم عرفوا سبب الجرح وأنه تاب منه هذا ما ظهر لي.

وقضية كلام الْقَفَّال في «الفتاوى» الاكتفاء بمضي زمن الاستبراء من غير اختيار حيث قال: إذا شهد له بدين وأقام الخصم بينة أن المدعي أقر قبل

وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةٍ قَوْلِيَّةٍ الْقَوْلُ فَيَقُولُ الْقَاذِفُ قَذْفِي بَاطِلٌ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلَا أَعُودُ إِلَيْهِ، وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ.

شهادتها بأنهما فاسقان، فإن كان بين زمن قوله وبين شهادتهما زمان يسير بطلت الشهادة؛ لأنه لا يحتمل حسن الحال فيه، ولو أقام بينة بأن المدعي قال: إنهما شربا الخمر في يوم كذا، وكان ذلك قبل شهادتهما بزمان يسير بطلت شهادتهما، وإن كان يحتمل حسن الحال فيه لم تبطل، وإن أقام البينة على إقرار المدعي مطلقًا بأنهما شربا الخمر فقال المدعي: نعم وقد كان ذلك قبل أداء هذه الشهادة بخمس سنين مثلًا، فالقول قوله ولا يحلف المدعي لهذه الدعوى، انتهى.

وبقي تنبيهات أخرى تأتي آخر الفصل إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةٍ قَوْلِيَّةٍ**) أي: ظهرت عليه.

(**الْقَوْلُ فَيَقُولُ الْقَاذِفُ: قَذْفِي بَاطِلٌ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلَا أَعُودُ إِلَيْهِ، وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ**) فاسق في التوبة من المعاصي الفعلية، والكلام في التوبة من المعصية القولية، أما القذف فقال الرَّافِعِي: لا بد من التوبة عنه بالقول كما أن التوبة عن الردة بكلمتي الشهادة.

قال الشَّافِعِي: والتوبة إكذابه نفسه، فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفته به لما روي مرفوعًا: «**تَوْبَةُ الْقَاذِفِ إِكْذَابُهُ نَفْسَهُ**»[1].

وقال أبو إسحاق: الجمهور لا يكلف ذلك فإنه قد يكون صادقًا فكيف نأمره بأن يكذب، ولكن يقول: القذف باطل وإني نادم على ما فعلت ولا أعود إليه، أو يقول: ما كنت محقًا في قذفي وقد تبت منه، وما أشبه ذلك.

قال: والخبر محمول على الرجوع والإقرار ببطلان ما صدر منه فإنه نوع إكذاب، وكذلك لفظ الشَّافِعِي، أي: محمول على ذلك.

قال: وقد يعني الشَّافِعِي عقيب ما حكيناه: والتوبة أن يقول: القذف باطل كأنه جعل هذا اللفظ توبة.

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٦/ ٤٣).

....

قال: ولا فرق في ذلك بين القذف على سبيل السب والإيذاء وبين القذف على صورة الشهادة إذا لم يتم العدد وأوجبنا الحد على من شهد، فإن لم يوجبه فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريانه بين يدي القاضي، انتهى.

وقال الْبَنْدَنِيجِي والجرجاني والْبَغَوِي وابن الصباغ واللفظ له: المذهب ما ذهب إليه أبو إسحاق وهو أن يقول: القذف باطل حرام ولا أعود إلى ما قلت، وأما قذف الشهادة إذا قلنا: يجب الحد، فإذا تابوا قبلت شهادتهم والتوبة أن يقول: ندمت على ما كان مني ولا أعود إلى ما أتهم فيه.

وعلى هذا التقسيم جرى الْعِمْرَانِي في «البيان» وظاهر كلامهم أن الصيغة تختلف باختلاف النوعين إلا أن الجرجاني قال في قذف السب يقول: القذف حرام، ولم يذكر لفظة البطلان، ونسب في «الذَّخَائِر» هذا التقسيم إلى العراقيين مطلقًا.

قال الرَّافِعِي: ولا فرق في رد الشهادة وكيفية التوبة بين أن يقذف محصنًا أو غيره حتى لو قذف عند نفسه ترد شهادته ويكفي تحريم القذف سببًا للرد.

قلت: قيد جماعة عد القذف من الكبائر بقذف المحصن وبعضهم بالقذف بالباطل، وكأنهم احترزوا بذلك عما إذا ظهر صدقه كما سيأتي، وسبق عن الْحَلِيمِي: إن قذف الصغيرة والمملوكة والحرة المتهتكة من الصغائر، وما ذكره في المملوكة بعيد بخلاف الطفلة التي لا توطأ بحال، والأشبه إذا قلنا بأنه صغيرة لا يجب الاستبراء عامًا على رأي الجمهور، وهل يجب أو لا يجب أصلًا؟ فيه نظر.

قال الرَّافِعِي: ومن غلط في الشهادة فلا حاجة إلى استبرائه وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط ولا تقبل فيها ما ذكره في «التهذيب».

تتمات وفُرُوعٌ:

أولها: عبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الرَّوْضَة» والجمهور والنص أن

....

يقول: القذف باطل، قال الْفُورَانِي في «العمد» شارحًا للنص ـ أي: قذف الناس باطل ـ: وما كان لي أن أقذف وقد رجعت عما قلت وتبت عنه فلا أعود إليه، وعبارة الجرجاني: القذف حرام، وجمع ابن الصباغ وغيره بين اللفظين كما سبق.

وفي «تعليق الْبَغَوِي» أن يقول: القذف باطل، أو ندمت على ما قلت، أو رجعت عنه، أو لا أعود إليه، ولا يقول: كذبت إلى آخره، وظاهر هذا الاكتفاء بكل واحد مما ذكره فتأمله.

وفي «تعليق المروزي» نحوه وعبر في «المنهاج» بقوله: قذفي باطل، وعبارة الجمهور أَسَدُّ وأبعد من تكذيبه نفسه إذ قد يكون قذفه صحيحًا، وكأن الشيخ قصد الاختصار ويصح ذلك وإن كان صادقًا بمعنى أن الشرع حظره علي ومنعني من التفوه به، وعبارة «الْحَاوِي» في قذف السبب كـ «المنهاج» فقال: أن يقول: قذفي له بالزنا كان باطلًا، ولا يقول: كنت كاذبًا في قذفي، وهل يحتاج أن يقول في التوبة: ولا أعود إلى مثله أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العزم على ترك مثله يغني عنه.

والثاني: لا بد أن يقول: لا أعود إلى مثله؛ لأن القول في هذه التوبة معتبر والعزم ليس بقول، ثم قال: وأما قذف الشهادة فيعتبر في توبتهم من الشروط في قذف السبب أن يقول: قذفي باطل، ولا يحتاج إلى الندم وترك العزم؛ لأنها شهادة في حق الله تعالى، ولا أن يقول: إني كاذب، ولا يقول: لا أعود إلى مثله؛ لأنه لو كمل عدد الشهود لزمه أن يشهد، انتهى.

ثانيها: إذا قلنا بالمذهب فهل يكفيه أن يكذب نفسه كما اعتبره الاصطخري قضية كلام الْفُورَانِي في «العمد»: إنه لا يكفيه حيث قال: اختلف أصحابنا في التوبة منهم من قال: هي أن يكذب نفسه فيقول: كذبت فيما قلت، ومنهم من قال: وهو الأصح: هذا لا يكون توبة؛ لاحتمال صدقه في القذف، لكن التوبة أن يقول: القذف باطل، أي: قذف الناس إلى آخر ما سبق عنه.

....

وعبارة الرَّافِعِي السابقة تفهم أنه يكفي ذلك ويجوز، ولكن لا نكلفه إياه، والوجه فيه أنه إذا كان صادقًا فيه إنه لا يجوز له أن يقول ذلك وبه صرح الأصحاب؛ لأنه كذب ولا يكفيه، ويصير كما قال المَاوَرْدِي: عاصيًا بكذبه كما كان عاصيًا بقذفه، وإن كان كاذبًا في قذفه جاز له أن يقوله، وهو أبلغ وتجزيه غيره مما سبق.

واعلم أن قول كثيرين عن الاصطخري: إنه لا بد أن يقول: كذبت، يفهم أن ذلك فيمن جهل صدقه وكذبه؛ لأنه قد يكون صادقًا فيكذب بقوله كذبت، وهو معصية أخرى، وصرح بعضهم أن مذهبه أنه لا بد من قوله كذبت، وإن صدق باطنًا؛ لأنه كاذب حكمًا وشرعًا، ولم يحك ابن الرِّفْعَة عنه غيره وهو بعيد جدًا.

ثالثها: قول الرَّافِعِي: ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريانه بين يدي القاضي ظاهر فيمن قذف بحضرة القاضي أو اتصل به قذفه ببينة، أو اعتراف وغير ظاهر فيما إذا لم يتصل بالقاضي أصلًا بل في جواز إتيانه القاضي، وإعلامه له بالقذف بعد لما فيه من الأداء، وإشاعة الفاحشة ويشبه أن يكون مراده القسم الأول، وتأمل قول «الْبَسِيط» في رده على الاصطخري في اشتراطه تكذيبه نفسه، قال الأصحاب: يقول: ما كنت محقًا بالقذف ولا أعود إليه، وكلام الشَّافِعِي محمول على تكذيبه نفسه في قوله: أنا محق في الإظهار والمجاهرة دون الحجة، انتهى.

وكذا قاله غيره، وسيأتي عنه ما يقتضي أنه يكذب نفسه عند من قذفه بحضرته، ووجهه ظاهر وأنه مع ذلك يستحل المقذوف.

رابعها: قضية إطلاق المصنف وغيره: إنه لا بد في التوبة الظاهرة من القذف أن يقول ما سبق، وهذا ظاهر إذا كان قد اشتهر، أو بلغ المقذوف، أو اتصل بالقاضي، أما لو لم يكن شيء من ذلك بأن قذفه خاليًا مع نفسه بحيث لا يسمعه إلا الله والحفظة، أو عند من لم يفه به، فقد يقال: يكفيه التوبة الباطنة ولا يلزمه التوبة القولية، اللهم إلا أن يوجب عليه إتيان المقذوف وإعلامه به كما سيأتي،

....

فإن تعذر إعلامه لموته أو غيره فيشبه أن تكفيه التوبة القلبية، وهذا ظاهر إذا قذفه في خلوته كما وصفنا، وقد قال في «القواعد»: إنه صغيرة وهو شبيه بالمعاصي القلبية، وفيما سبق عن «الْبَسِيط»: إشارة إلى أن التصوير فيمن جاهر به.

خامسها: قال الرَّافِعِي ثم إذا تاب بالقول، فهل يستبرأ المدة المذكورة إذا عرف عدلًا إلى أن قذف ينظر إن كان القذف على صورة الشهادة فلا حاجة إليه، وحكى الإمام طريقة أخرى أنه على القولين الآتيين في قذف السب، والظاهر الفرق بأن ذلك فسق مقطوع به والفسق عند الشهادة غير مقطوع به، ولهذا نقل رواية من شهد بالزنا وإن لم يثبت، انتهى.

وما ذكر أنه الظاهر هو المشهور، وذكر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني: إنه لا خلاف فيه وعلى إيراده اقتصر غيرهم، وهو النص في «الأم» في غير موضع، وعلى هذا من قبلت شهادته بنفس توبته للقاضي أن يقول به تب أقبل شهادتك، كما قال لأبي بكر ﷺ، وأما قبول الرواية من الشاهد، فقال ابن شداد: حكى الشاشي وجهًا أنها لا تقبل قال: وقال صاحب «الْحَاوِي»: إنه الأقيس، انتهى.

والذي رأيته في «الْحَاوِي» هنا الجزم بالقبول أو فرق بتغليظ الشهادة وتخفيف الرواية، والمشهور القبول، وقيل: إنه لا خلاف فيه.

سادسها: قال الرَّافِعِي متصلًا بما سبق، وإن كانت في قذف سب وإيذاء، فظاهر نصه في «المختصر»: إنه لا يشترط الاستبراء وتقبل شهادته في الحال.

قلت: وصححه الشاشي وغيره وجزم به الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وغيرهم.

قال الرَّافِعِي: وعن نصه في «الأم»: إنه يشترط وفيهما طريقان: أشهرهما: إن المسألة على قولين، أصحهما: الاشتراط كقوله تعالى: ﴿وَأَصْلَحُوا۟﴾ [البقرة: ١٦٠] فصار كما في سائر المعاصي قال: ونزلهما منزلون على حالين وذكروا فيه وجوهًا:

....

أحدها: حمل الأول على ما إذا لم يصرح بتكذيب نفسه، وحمل ما في الأم على ما إذا صرح.

والثاني: حمل الأول على ما إذا طال الزمان بعد القذف، وحسنت السيرة ثم تاب، وحمل الثاني على ما إذا لم يطل.

والثالث: حمل الأول على ما إذا جاء شاهدًا، ولم يتم العدد، وحمل الثاني على ما إذا قذف سبًا وإيذاء.

قلت: وفي «روضة شُرَيْح» طرق فعلى طريقة أبي إسحاق لا بد من إصلاح العمل، وقيل: هل تقبل بعد التوبة من غير استبراء؟ فيه قولان، وقيل: إن قال: كذبت فيما قلت وتبت، فلا بدّ من الاستبراء، وإن قال: ما كان يحل لي القذف وتبت، قبل في الحال.

وقال الإمام: الوجه عندنا أنه إذا صرح بتكذيب نفسه فلا تفصيل ولا ترديد قول بل يقطع بالاستبراء، وإن جاء شاهدًا ففي الاستبراء قولان مرتبان على ما إذا جاء قاذفًا، وهذه الصورة أولى بألا يشترط الاستبراء فيها، وتبعه في «الْبَسِيط» وقال في «الوسيط»: الصواب أن يقال: إن علم ـ أي: القاذف ـ سبًا أن ذلك حرام فهو فاسق فيستبرأ، وإن ظن أن هذا القذف مباح فلا حاجة إلى الاستبراء ويكفي قوله: تبت، انتهى.

ويقال: مثله في الشاهد وأولى، وكذا فيما إذا تبين كذبه في الشهادة كما سيأتي في شاهد الزور، ويحتمل أيضًا أن يفرق بين أن يعلم الشاهد أنه إذا لم يتم النصاب أنه يرد أو لا يعلم وبين علمه بأن شهادته لا تقبل لعداوة ظاهرة ونحوها، فالعالم يلحق بالقاذف سبًّا دون الجاهل.

سابعها: قال الرَّافِعِي: اعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف لا وضوح له، وإلحاقه بالردة تشبيه مجرد لا توجيه مقنع وليس اشتراط كلمتي الشهادة مخصوصًا بالردة القولية، فإن الردة الفعلية كإلقاء المصحف في القاذورات يشترط فيها كلمتا الشهادة أيضًا، وبالجملة فلم يشترط في القول أن يقول: ما

....

كنت محقًا في قول كذا، ولم يشترط في الفعل أن يقول: ما كنت محقًا في فعل كذا وما السبب الفارق.

قلت: لعله لما أظهر القذف وجاهر به كما سبق حسن أن يجب الرجوع عنه بالقول جبرًا لقلب المقذوف، وصونًا لما انتهكه من عرضه، ألا ترى قول أبي عبد الله الختن لما أخشن له أبو سهل الصعلوكي القول في البحث ظاهرًا ثم اعتذر إليه باطنًا:

جفاءٌ جرى جهرًا إلى الناس وانبسط وعذرٌ أتى سرًّا فأكد ما فرط

ومن ظن أن يمحو جليّ جفائه خفيّ اعتذارٍ فهو في غاية الغلط

وأما المعصية الفعلية فالحق في التوبة عنها متمحص لله تعالى فلم يحتج التلفظ بها، إذ العمدة فيها الصدق باطنًا، وذلك المعنى معدوم هنا وأما الرد وكونه لا بد فيها من التلفظ في الحالين ففيه بعد من الشارع، ألا ترى أنه لو كفر بالنية المجردة فلا بدّ من التلفظ بالشهادتين، ولو قذف بقلبه لم يحتج إلى التلفظ ألبتة فيما يعتقده ولو قذف خاليًا فالظاهر أنه لا يحتاج إلى اللفظ أيضًا، ورأيت في فتاوى بعض المتأخرين ما ينازع في القذف خاليًا.

ثامنها: قال الرَّافِعِي: ثم قضية ما قيل في القذف أن تشترط التوبة بالقبول في سائر المعاصي القولية كشهادة الزور والغيبة والنميمة، وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور فقال: التوبة عنها أن يقول: كذبت فيما فعلت ولا أعود إلى مثله قبلت، وصرح الغزالي بذلك في الغيبة كما سيأتي، وهو قضية قول الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين من «الأم»: والتوبة مما كان ذنبًا بالكلام كالقذف وما أشبهه، فالكلام الرجوع عن ذلك والنزوع عنه.

وقال في «البيان»: وإن كانت المعصية شهادة الزور فالتوبة منها أن يقول: كذبت فيما قلت ولا أعود إلى ما قلت، قال الشيخ أبو إسحاق: ويشترط إصلاح العمل على ما ذكرنا ولم يشترط الشيخ أبو حامد وابن الصباغ الإصلاح، انتهى.

....

وحكى وجه غريب أنه لا يشترط في شاهد الزور الاستبراء والمشهور خلافه وبه جزم الرَّافِعِي وغيره، وأما التوبة عنها بالقول فكلام «البيان» يفهم أن أبا حامد وغيره قالوه ويحتمل أن يقال: إن تصمت هتك عرض مسلم وجرحه اعتبر فيها القول كالقذف وإلا فلا.

واعلم أن قضية كلام المصنف والجمهور أنه لا يشترط في قبول شهادته وراء ما سبق شيء آخر.

وفي «الْحَاوِي» في باب ما على القاضي في الخصوم: إنه هل يحتاج إلى النداء عليه بالتوبة من شهادة الزور كما ينادى عند الحاكم بفسقه لأجل ذلك؟ فيه وجهان، وعلى المنع فالفرق أن ظهور التوبة بأفعاله أقوى؛ ولأن في النداء لا يليق بحال العدل.

قلت: وهذا هو الصواب؛ لأنه فضيحة محددة لا دليل عليها، وسنفرد فرعًا في تعزيره وما يتعلق بذلك.

تاسعها: حكى وجه أن من قذف وأتى بالبينة على وفاء المقذوف أنه لا تقبل شهادته إلا بعد التوبة إذا لم يكن له القذف ابتداء، وإن كان صادقًا وله حجة فرد الشهادة وجب بقذفه فلا ترتفع إلا بالتوبة.

قال الرَّافِعِي: والأصح أنها تقبل؛ لأن صدقه قد تبين بالبينة سواء أقامها على نفس الزنا أم على الإقرار به، وبهذا جزم المَاوَرْدِي وابن الصباغ وغيرهما.

قال الرَّافِعِي: وكذا الحكم لو اعترف المقذوف وكذا لو قذف زوجته ولاعن.

قلت: وفي تعليل الإمام الوجه الأول ما يرشد إلى أنه لا يجيء في قذف الزوج إذا لاعن بعده، والوجه أنا حيث جوزنا له القذف لا يجيء الخلاف فيه وإلا جاء كغيره أما لو التعنت المرأة أيضًا فقال المَاوَرْدِي هناك: فيحتمل في ارتفاع فسقه وجهان؛ لأن لعانها معارض للغاية، انتهى.

....

عاشرها: قضية كلام الرَّافِعِي وغيره أنه إذا ارتد مقبول الشهادة ثم تاب أنه يكفيه النطق بالشهادة والتبرؤ من كل دين خالف الإسلام مع التوبة الباطنة كما سيأتي، ولا يحتاج في قبول شهادته إلى الاستبراء أنه إذا أسلم فقد أتى بضد الكفر فلم يبقَ بعد ذلك احتمال وليس كذلك إذا كان قد زنا أو شرب ثم تاب؛ لأن التوبة ليست مضادة للمعصية بحيث ينفيها من غير احتمال، فلهذا اعتبرنا في سائر المعاصي صلاح العمل، هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره، وقال المَاوَرْدِي: إن الحكم كذلك إذا تَابَ مِنَ الرِّدَّةِ عَفْوًا غَيْرَ مُتَّقٍ بِهَا الْقَتْلَ، أما إذا أسلم عند إثباته للقتل لم تقبل شهادته إلا أن يظهر منه شروط العدالة باستبراء حاله وصلاح عمله، انتهى.

وفي «روضة الحكام»: وإذا أسلم الكافر هل تقبل شهادته في الحال من غير استبراء؟ قد قيل فيه وجهان، وقيل: إذا أسلم المرتد لا تقبل شهادته إلا بعد الاستبراء، وغيره إذا أسلم تقبل شهادته في الحال والفرق أن كفره مغلظ، انتهى.

فحصل في استبراء المرتد ثلاثة أوجه: ثالثها: تفصيل المَاوَرْدِي وهو حسن وقال الدَّارِمِي بعد ذكره توبة القاذف: وإنه توقف مدة يعلم فيها حسن حاله، وكذلك يختبر الكفار إذا أسلموا والمدة أشهر ونحو ذلك، انتهى.

فَرْعٌ: شهادة الزور من استحلها مختارًا مع علمه بتحريمها فالمنصوص والإجماع فهو مرتد، وإن اعتقد تحريمها فسق إجماعًا وهي إجماعًا، من أكبر الكبائر، ومن يثبت عليه أنه يشهد بزور عزره القاضي بما يؤدي إليه اجتهاده من توبيخ أو ضرب أو حبس.

قال في «الرَّوْضَة»: وشهر حاله وأمر بالنداء عليه في سوقه إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كانت له قبيلة أو مسجده تحذيرًا للناس منه وتأكيدًا لأمره، انتهى.

وقضية كلامه أن إشهار حاله غير النداء عليه، وقال المَاوَرْدِي: وشهر أمره وإشهار أمره أن ينادى عليه إن كان من أهل مسجد على باب مسجده، وإن كان

....

من سوق ففي سوقه، وإن كان من قبيلة ففي قبيلته، وإن كان من قبيل ففي قبيله، والفرق بينهما أن القبيلة بنو الأب الواحد، والقبيل الأخلاط المجتمعون من آباء شتى، فيقول في النداء عليه في هذه المواضع: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاعرفوه.

قال: ولا يزاد في هذه الشهر تسويد وجهه ولا حلق شعره ولا ندائه بذلك على نفسه.

وقال شُرَيْح ـ يعني الإمام التابعي: يجوز أن يفعل ذلك في شهرته وهذه مثلة نكرهها للنهي عنها، فإن كان هذا الشاهد من ذوي الضيافة فعن ابن أبي هريرة أنه يصان عن هذا النداء لحديث: «**أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ**»[(١)].

قلت: وزيفوه، قال: قال غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا بِالتَّسْوِيَةِ فِي النِّدَاءِ بَيْنَ ذَوِي الصِّيَانَةِ وَغَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّ الصِّيَانَةَ قَدْ خَرَجَ مِنْهَا بِزُورِهِ، انتهى كذا قاله هنا.

وقال في باب التعزير: إن للحاكم أن يجرد عن غير ما يستر عورته وينادى عليه بذنبه إذا تكرر منه ولم يقلع عنه، ويجوز أن يحلق رأسه لا لحيته، وفي جواز تسويد وجهه وجهان.

قال في «أحكامه السلطانية»: إن الأكثرين جوزوه وتبعه الأقلون، والمختار الذي أورده غيره ما اقتصر عليه هنا اللهم إلا أن يكون يرى الفرق بين الشاهد وغيره من المعزرين وهو بعيد بل شاهد الزور أحق بالنكال والإشهار وفي حقه آكد.

---

(١) حديث عبد الله بن مسعود: أخرجه الدارقطني في الأفراد كما في أطراف ابن طاهر (٤/ ٧٣ رقم ٣٦٤٤)، والخطيب (١٠/ ٨٥). والطبراني في الأوسط (٧/ ٣٠٢، رقم ٧٥٦٢). قال الهيثمي (٦/ ٢٨٢): رواه الطبراني عن محمد بن عاصم عن عبد الله بن محمد بن يزيد الرفاعي، ولم أعرفهما، وبقية رجاله رجال الصحيح.
حديث عائشة: أخرجه ابن حبان (١/ ٢٩٦، رقم ٩٤)، والبيهقي (٨/ ٣٣٤، رقم ١٧٤٠٥). وإسحاق بن راهويه (٢/ ٥٦٧ رقم ١١٤٢) وأبو يعلى (٨/ ٣٦٣ رقم ٤٩٥٣) والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٣١٤ رقم ٨٣٠٩).

....

قال في غيره: وينادى عليه بذنبه إذا تكرر منه، ولم يعتبر هو ولا غيره التكرر في شاهد الزور، وقال الْمحَامِلِيّ في «المقنع» في باب ما على القاضي في الخصوم: وهناك ذكر الأصحاب المسألة أن القاضي يعزره ويشهره، والإشهار أن يبعث به مع ثقةٍ إلى المواضع التي يعرف بها إما في سوقه أو محلته أو قبيلته، فيقول: هذا فلان قد عرفناه بشهادة الزور فاعرفوه، وهذا في شهادة الزور خاصة، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي: ثم إذا ظهر كذبهم؛ فعزرهم الإمام على ما يؤدي إليه اجتهاده من تسويد الوجه وإركابهم الحمار منكوسًا، ويأمر المنادي ينادي عليه أن فلان ابن فلان أو يأمر بأن يشير إليه يعني هذا شهد بالزور فاعرفوه، انتهى.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: أثر المسألة والتعزير باجتهاد القاضي إن كان من سقاط الناس، وأدى اجتهاده إلى أن يسود وجهه ويطاف به في البلد فعلم المسألة.

وتشحيم الوجه مروي عن عمر رضي الله عنه وعن غيره إذا عرفت فقد قال الأصحاب: إنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد أو تيقن القاضي بأن يشهد أن فلانًا زنا بالكوفة في يوم كذا أو قتل زيدًا فيه، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد هكذا أورداه عن الشَّافِعِي والأصحاب قالا: ولا تكفي البينة بأنه شاهد زور فقد تكون هذه البينة زورًا، انتهى.

والذي في «الْحَاوِي» و«التهذيب» في «الذَّخَائِر» وغيرها: إنها تثبت بالبينة أيضًا، ولفظ «التهذيب»: إنما يثبت كونه شاهد زور بإقراره أو ببينة تشهد أنه شاهد زور، أو يشهد بما يقطع بكذبه بأن كان شهد على رجل أنه قتل فلانًا أو زنا بامرأة في موضع كذا في وقت معين فيثبت أن المشهود عليه كان ذلك الوقت ببلد آخر.

ورأيت في «تعليقه»: ولو أنه ظهر عند القاضي كذب الشهود إما بإقرارهم

....

أو ببينة تشهد بإقرارهم حتى لو قال: أنا أشهد أنه شهد بالزور، لا تسمع هذه الشهادة؛ لأنهم ربما ينعتون بذلك، انتهى.

وهذا غير ما في «التهذيب» على ما وقفت عليه، وعبارة المَاوَرْدِي: وهذا يعلم من ثلاثة أوجه:

أحدها: من إقراره.

والثاني: من استحالته بأن يشهد عليه بقتل أو زنا في زمان معين ببلد بعينه، وقد علم يقينًا أنه إذ ذاك في بلد غيره.

والثالث: أن تقوم عليه بينة أنه شهد بزور وهذا أصح نعم يجب على القاضي أن يستفسر غير الفقيه الموافق، فإن ذكروا ما يقتضي كونها شهادة زور عمل بشهادتهم وإلا فلا مثاله أن يقول: في سنة ستين وسبعمائة مثلًا أشهدني زيد عليه بكذا أو رأيت زيدًا يفعل كذا في سنة عشرين وسبعمائة فتقوم بينة بأن هذه شهادة زور لا يتحقق أن مولد هذا الشاهد في سنة ثلاث وعشرين أو أن زيدًا توفي سنة ثماني عشرة وغير ذلك من الأمثلة، وأيضًا فإقراره إن كان ببينة قامت به فينبغي ألا تسمع على قياس ما ذكراه؛ لأنها قد تشهد بإقراره زورًا فيتولد من ذلك أن إقراره بها إنما يعتبر عند الحاكم لا ببينة تقوم به ولا أحسب بقوله: وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد وأن الشَّافِعِي والأصحاب لم يخرجوه على القضاء بالعلم قد يفهم أنه لا يكفي قيام بينة برؤيته هناك.

وكلام «التهذيب» وغيره يفهم الاكتفاء بالبينة بذلك وهو صحيح، فإنه لو شهد جماعة على رجل معروف لا يشتبه على الشهود بغيره أنه زنا أو قتل أو سرق يوم عرفة بدمشق فقامت بينة أنه كان إذ ذاك بعرفة فلا ريب أنها شهادة زور وأما تعارض البينتين فقد أجمع الأصحاب أنه لا يقضي فيه بالتكذيب؛ لأنه ليس تكذيب هذه بأولى من تكذيب هذه.

وقال الْفُورَانِي في «العمد»: إذا ظهر للقاضي أن الشاهد شهد بزور ينظر فإن كان ظهر ذلك بشهادة شاهدين عزمه إن كان فيه عزم، ولكن لا يعزم

....

لاحتمال أن يكون الغلط من جهة هذين والتعزير فيه يجوز تركه، وإنما تقبل شهادة الشاهدين إذا قالا: سمعناه يقر أني كاذب وما أشبه ذلك، فأما إذا شهدا مطلقًا أن فلانًا كاذب فلا تقبل، انتهى.

وفيه شاهد لما أشرنا إليه، وقال الدَّارِمِي: وإذا علم من رجل بينة أو إقرار أنه شهد بزور عزر وينادى عليه إلى أن قال: فإن ادعى غلطًا يمكن أرسله، فإن تكرر منه فإن كان يستهين بالحاكم عزره كالأول، وإن كان لكثرة غلطه أشهده بأنه غير مقبول، فإن شهد بزور وتاب لم يعزره ولم يقبله حتى يحسن حاله، وإن رآه الحاكم يزني أو يشرب الخمر ونحوه توقف عن شهاداته حتى يتوب، انتهى.

تَنْبِيهَاتٌ: كلام الأصحاب مصرح بأنه يجمع بين تعزيره وإشهاره وأن له ترك التعزير إذا رآه، وأما الإشهار فكلام بعضهم يفهم أنه لا يتركه لما فيه من التحذير والنصيحة الواجبة لعموم الناس، وكلام الْبَغَوِي وغيره يقتضي أن الإشهار إلى رأي الحاكم كالتعزير حيث قال: فإن رأى أن يعزره بالضرب والحبس فعل، وإن رأى أن يشهره وينادي عليه كما سبق فعل وهذا أوجه المتبادر من قولهم: ينادى عليه أن هذا شاهد زور فاعرفوه، النداء برفع الصوت كما هو المتعارف بمن يطاف به للتعزير.

وفي «البيان» وغيره: إن كان من أهل العلم والحديث شهره بينهم، وإن كان من أهل المساجد شهره في المساجد.

قال: وتشهيره بأن يأمر الحاكم، أي: يبعث معه رجلًا ثقة إلى الجماعة الذي يذكر تشهيره فيهم فيقول: السلام عليكم إن القاضي فلانًا يقرأ عليكم السلام ويقول لكم: إن هذا شاهد زور فاعرفوه.

ثم حكوا قول ابن أبي هريرة وزيفوه وسياق «البيان» يقتضي أن ما ذكره من صفة التشهير عن النص قول الأصحاب: إذا تاب شاهد الزور واختبر حاله كسائر الفسقة قبلت شهادته تعرفك أنه لو قامت بينة بإقراره بالزور أو بغيره كما سبق بما فيه فأنكر ذلك أنه لا تقبل شهادته ما دام منكرًا؛ لأنه في الظاهر مصر على ما

قُلْت: وَغَيْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِقْلَاعٌ، وَنَدَمٌ، وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ، وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ، والله أَعْلَمُ].

صدر منه، وهذا يوافق ما سبق عن «المهذب» وغيره: إنه لا بد أن يكذب نفسه كالقاذف ومن حينئذ يقع الاستبراء ظاهر كلام الأصحاب: إنه متى ثبت أنه شهد بالزور بأحد الطرق السابقة يعزره إذا رآه، وكلام الْفُورَانِي السابق يفهم أن ذلك في الاعتراف على نفسه ونحوه لا في شهادة غيره عليه به، والله أعلم.

قال: (**قُلْت: وَغَيْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِقْلَاعٌ، وَنَدَمٌ، وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ، وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) في عبارته اتهامات فإنه إن أراد التوبة الظاهرة من المعصية الفعلية فإظهار ذلك ليس بشرط، وإن أراد أنه شرط في التوبة الباطنة وهو مراده فهو كذلك في جميع المعاصي القولية والفعلية، وقوله: ورد ظلامة آدمي، كان الأحسن أن يقول: والخروج منها إن أمكنه ليشمل الرد والإبراء من المال والعرض؛ ولئلا يوهم أنه إذا تعذر الرد لا تصح التوبة، وليس كذلك كما سيأتي عندنا إلى شرح كلامه، قال أصحابنا: التوبة تنقسم إلى ما بين العبد وبين الله تعالى وهي التي يندفع بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر وهي التي تتعلق بها الشهادات والولايات كما سبق بيانه، أما التوبة الأولى، قال الرَّافِعِي: فهي أن يندم على ما مضى، أي: ويكون ندمه لله خالصًا، وينزل مثله في الحال أي: إن كان متلبسًا به أو مصرًا على معاودته ويعزم على ألا يعود إليه أي: إذا كان يتصور منه معاودته، قال: ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق لله تعالى، ولا للعباد كوطء أجنبية فيما دون الفرج وتقبيلها، أي: طوعًا منها فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي كمنع الزكاة والغصب والجنايات في أموال الناس إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم يبقَ أو يستحل فيبريه المستحق ويجب أن يخبر المستحق إن لم يعلم به ويوصله إليه إذا كان غائبًا إن كان غصبه منه هناك ونقله، فإن مات سلمه إلى وارثه، فإن لم يكن وارث وانقطع خبره دفعه إلى قاضٍ يعرف حسن سيرته وديانته، فإن تعذر تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له ذكره العبادي في «الرقم» والغزالي في غير الكتب الفقهية، وإن كان معسرًا نوى الغرامة إذا قدر فإن مات قبل أن

....

يعذر فالمرجو من الله المغفرة، وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي فإن كان حدًا لله تعالى كالزنا والشرب، فإن لم يظهر فيجوز أن يظهره ويقربه ليقام عليه الحد، ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأولى، وإن ظهر فقد فات الستر فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد.

قال في «الشامل»: إلا إذا تقادم العهد، وقلنا: إنه يسقط الحد وإن كان حقًا للعباد كالقصاص وحد القذف فيأتي المستحق ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحق فيجب في القصاص أن يخبره ويقول: أنا الذي قتلت أباك ولزمني القصاص فإن شئت فاقتص وإن شئت فاعفُ، وفي حد القذف هل يخبره؟ ذكر في «الوجيز» في أول اللعان ترددًا في أنه إذا أتى ببعض كتابات القذف وأراد القذف ولم يحلفه المقذوف على البينة فيخبر المقذوف أو يخفيه ولا يؤذيه، وجواب العبادي وغيره هاهنا: إنه يخبره عن القذف كما في حق القصاص، ومثله في «الْغَنِيَّة».

ورأيت في «فتاوى» الحناطي: إنها إذا لم تبلغ المغتاب كفى الندم والاستغفار، وإذا بلغته أو طرد طارد قياس القصاص والقذف فيها فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحل منه، فإن تعذر بموته أو تعسر لغيبته الشاسعة فيستغفر الله تعالى ولا اعتبار بتحليل الورثة، كذا ذكره الحناطي وغيره.

قال العبادي: والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير ويسر ببليته، فيأتي المحسود ويخبره بما أضمره ويستقبله ويسأل الله تعالى أن يزيل هذه الخلة، وفي إلزام الإخبار عن مجرد الإضمار بعد، انتهى.

زاد في «الرَّوْضَة» قلت: والمختار بل الصواب ألا يجب إخبار المحسود، ولو قيل: يكره لم يبعد، انتهى.

وهو كما قال: وهو ما يفهمه نص الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين، ويشبه أن يحرم الإخبار إذا غلب على ظنه أنه لا يحلّله، وأنه يتولد منه عداوة وحقد وأذى للمخبر وسيأتي ما يؤكده.

....

قال المصنف في «الرَّوْضَة» هنا: وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة أم يشترط معرفتها للعامي؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلح.

قلت: إنما سبقا في كتاب الضمان بلا ترجيح ورجح في «الأذكار» الاشتراط قال: لأن الإنسان قد يسمح بالعفو من غير بيان عن غيبة، انتهى.

وكلام الْحَلِيمِي وغيره يقتضي الجزم بالأول؛ لأن من سمح بالعفو من غير كشف فقد وطن نفسه عليه مهما كانت الغيبة، وقد قال الشيخ من بعد: وأما الحديث «**أَيَعْجِزُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَكُونَ كَأَبِي ضَمْضَم كَانَ إِذَا خَرَجَ مِنْ مَنْزِلِهِ يَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِعِرْضِي عَلَى عِبَادِكَ**»(١) فمعناه لا أطلب مظلمتي لا في الدنيا ولا في الآخرة، وهذا ينفع في إسقاط مظلمة كانت موجودة قبل الإبراء، فأما ما يحدث بعده فلا بدّ من إبراء جديد بعدها، انتهى.

وهذا منه تصريح بالسقوط مع الحل بالمبرئ منه الواقع من قبل كما هو قضية الوجه الأول.

واعلم أن قضية ما ذكره في الحسد من التصويب ألا يجب الإخبار عن الغيبة بالقلب كما صورها الغزالي وتبعه المصنف، وأن يخص ما ذكره بغيبة اللسان وفيه نظر يعرف مما سيأتي ويجوز أن يقال: لينظر في المحسود فإن كانت نفسه مطمئنة ساكنة حسن الخلق بحيث يغلب على ظنه أنه لو أخبره بذلك حلله منه تعين عليه إخباره ليخرج من ظلامته بيقين، وإن كان بالضد من ذلك بحيث يغلب على ظنه أنه لو أخبره لجر ذلك شرًا أو عداوة لم يجز إخباره قطعًا، وإن تردد فالظاهر ما ذكره الشيخ من عدم الوجوب والاستحباب، فإن النفس الزكية نادرة، وربما جر ذلك حقدًا، وإن حلله وأما الغيبة فينبغي أن تكون على هذا التفصيل ويحتمل أن يفصل بين ما هو شديد الأذى وما هو خفيفه، فالخفيف يسامح به صاحبه غالبًا، ثم رأيت بعد هذا في «منهاج

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٧٢، رقم ٤٨٨٧)، والضياء (٥/ ١٥٠، رقم ١٧٧٠) وقال: رجاله موثقون والصحيح أنه مرسل. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٢٦٢، رقم ٨٠٨٣).

....

العابدين» للغزالي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ: إن الذنوب التي تكون بين العباد قد تكون في المال وفي النفس وفي العرض وفي الحرم وفي الدين.

فأما المال: فيجب رده لمالكه، فإن عجز عنه لفقر استحله، فإن عجز عن استحلاله لغيبته أو موته وأمكن التصدق عنه فعل، وإما فليكثر من الحسنات ويرجع إلى الله تعالى ويتضرع إليه في أن يرضيه عنه في القيامة.

وأما النفس: فيمكنه أو وليه من القصاص فإن عجز رجع إلى الله في إرضائه به عنه يوم القيامة.

وأما العرض: فإن اغتبته أو شتمته أو بهته فحقك أن تكذب نفسك بين يدي من فعلت عنده أن يستحل من صاحبه إن أمكنك هذا إن لم تخشَ زيادة غيظ وهو فتنة في إظهار ذلك وتحديده، فإن خشيت ذلك فالرجوع إلى الله سبحانه ليرضيه عنك.

وأما الحرم: فإن خشية في أهله وولده ونحو ذلك فلا وجه للاستحلال والإظهار، فإن تولد فتنة وغيظًا بل تضرع إلى الله ليرضيه عنك، وإن أمنت الفتنة والهيج وهو قادر فيستحل منه.

وأما الدين: فإن كفرته أو بدعته أو ضللته فهو أصعب الأمر فتحتاج إلى تكذيب نفسك بين يدي من قلت له ذلك، وأن تستحل من صاحبك إن أمكنك وإلا بالابتهال إلى الله والندم على ذلك ليرضيه عنك، وما لم يمكنك فراجع بالتضرع والصدق لترضيه عنك، انتهى. وهو غاية في الحسن.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: التوبة واجبة بنصوص القرآن والسنة والإجماع، وقد تكون عن الكبائر والصغائر كما قاله في «الإحياء» ووجوبها عن الكبائر لا شك فيه، وهي على الفور بالاتفاق.

قال الباقلاني: وتجب التوبة من تأخير التوبة، وأما الصغائر فقد تمحى بغير توبة بالصلوات الخمس وصلاة الجمعة والصيام وغيرها من الحسنات.

....

قال ابن الصلاح: وقد تكفر الصلوات والجمع وصيام رمضان بعض الكبائر إذا لم تجد صغيرة، واختلف العلماء في أن اجتناب الكبائر هل يكفر الصغائر؟ فقال: جماعة من أهل العلم: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿إِن تَجۡتَنِبُواْ﴾ [النساء: ٣١] وقال جماعة من المحققين: هذا ليس على القطع، بل موقوف على المشيئة كالكبائر، وحملوا الآية على المراد كبائر أنواع الكفر، أي: فتغفر بالإسلام الصحيح، وعلى التقديرين قد يقال: لا يندفع بذلك وجوب التوبة.

وقال السبكي ـ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ـ في «الْحَلَبِيَّاتِ»: أما الصغيرة فيحتمل أن يقال: إنها لكونها تكفر بالصلاة وباجتناب الكبائر وبغير ذلك لا تجب التوبة منها عينًا، بل إما التوبة وإما شيء من المكفرات، أو تجب ولكن لا تجب على الفور حتى يمضي ما يكفرها، ويحتمل أن يقال: تجب التوبة عنها كما تجب من الكبيرة وهو ما قاله أبو الحسن الأشعري، ولم يذكر الخلاف فيه إلا عن ابن الجياني، ورد عليه ثم حكى عن «الشامل» ما يوافق قول أبي الحسن، وسيأتي مسألة عن الأصحاب في «شرح الإرشاد» لأبي القاسم الأنصاري تلميذ إمام الحرمين: سمعت شيخنا الإمام يقول: التكفير إما هو الستر وهو من الكفر فمعنى كون الصوم أو الصلاة أو الصدقة أو الجماعة كفارة أن تلك لكثرة ثوابها وعظم قدرها تستر عقوبة الذنب فتغمرها وتقلبها كثرة، فإما أن تسقطها أصلًا فذلك إلى مشيئة الله تعالى، والدليل عليه إجماع الأمة على وجوب التوبة من جميع الذنوب صغيرها وكبيرها، قال أبو القاسم: ويحتمل أن يقال: التي تكفرها هذه القربات التي وقعت من العبد وذهل عنها ونسيها ومن جملتها الذنوب التي تتعلق بحق الغير ويتعذر على المرء الاعتذار عنها، وقد لا يمكنه إظهارها ومن ذلك التقصير في الطاعات والفرائض، فإن تلك لا يجبرها ولا يكفرها إلا الاستكثار من النوافل والقربات مع الاستغفار، انتهى.

وفي دعوى الإمام إجماع الأمة في الصغائر نظر، فإن المعتزلة قالوا إنها تقع مغفورة عند اجتناب الكبائر واختلفوا في وجوب التوبة عنها، والله أعلم.

ثانيها: صرح الشيخان وغيرهما أنه لا بد من الندم على ما مضى وترك

....

مثله في الحال، وهو الإقلاع والعزم على ترك العود إليه، وأشرت في نقل كلام الرَّافِعِي تقييد ما أطلقه من ذلك نوضحه فنقول: لا خفاء أن الندم المعتبر هنا هو الندم على وقوعه في الذنب خوفًا من الله سبحانه وأسفًا على عدم رعاية حقه في اجتناب نواهيه، ولا شك أنه لو ندم لحظ دنيوي من عار لحقه أو ضياع مال أو تعب بدن لا عبرة بذلك، وإذا كان الأول هو المطلوب فكيف يتصور أن يكون العبد نادمًا على ذنبه لذلك ولا يكون مقلعًا عنه ولا عازمًا على ترك العود إليه هذا بعيد، ثم رأيت عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني أنه قال: حقيقة التوبة الندم؛ لأن الندم الحقيقي يتضمن العزم على ألا يعود وترك الفعل في الحال وشرط الندم أن يكون على ما فاته من رعاية حق الله تعالى فلو فارق سيئة وندم عليها لإضرارها به وإنهاكها قواه فهو نادم غير تائب، انتهى.

ونحوه قول الإمام في «الإرشاد»: في حد التوبة هي الندم على المعصية لأجل ما يجب الندم له.

ثالثها: العزم على ترك العود إنما يتضح اعتباره فيمن يتمكن من مثل ما قدمه، وأما المجبوب مثلًا فلا يصح منه العزم على ترك الزنا، ولا من الأخرس ومقطوع اللسان العزم على ترك القذف، وتوبة العاجز عن العزم صحيحة ولم يخالف فيها إلا ابن الجياني فيزعم أن توبة المجبوب من الوطء غير مقبولة ولا نافعة له؛ لأنه ملجأ إلى الترك ورد قوله وقيل: يعزم على ترك العود إليه لو عاد له الإمكان.

رابعها: قال ابن الرِّفْعَة: اعلم أن التوبة في الباطن تعقبها التوبة في الظاهر المرتب عليها غفران الذنب وغيره يحصل كما قال: الأصحاب حيث لا يتعلق بالمعصية حد لله تعالى ولا مال ولا حق للعباد كتقبيل أجنبية واستمناء ونحو ذلك بأمرين، الندم على ما كان، والعزم على ألا يعود إليه.

قال القاضي أبو الطيب: وقد يعبر عن ذلك بعبارة أخرى فيقال: إن يستغفر عما مضى ويترك الإصرار في المستقبل قال: الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا۟ فَٰحِشَةً﴾ [آل عمران: ١٣٥] كذا قاله الْبَنْدَنِيجِي.

....

وقال القاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والْبَغَوِي وذكر الرَّافِعِي وغيره من المتأخرين أمرًا ثالثًا وهو ترك مثل ذلك في الحال فإذا فعل ذلك قبل الحشرجة والمعاينة قبلت توبته عما ذكرناه وعن غيره بالشرط الذي قدمناه.

خامسها: أطلق الرَّافِعِي كما سبق أن حد الزنا والشرب إن لم يظهر يجوز أن يظهره ليقام عليه الحد ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأولى، وإن ظهر فقد قال: الستر فيأتي الإمام ليجده.

قال في «الشامل»: إلا إذا تقادم العهد وقلنا: إنه يسقط الحد، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن لم يظهر ذلك بشهادة.

قال القاضي أبو الطيب: قالا: قصد أن يستر على نفسه.

وقال القاضي الحسين: يكره له إظهاره، وفي هذه الحالة تحصل التوبة بما سبق.

قال الأصحاب: ولو أراد إذا بدأ بذلك ليحد لم يحرم.

قال الْبَنْدَنِيجِي: اللهم إلا أن يتقادم عند ذلك أو يقول: إن الحد يسقط بتقادم العهد هو قول محكي هناك قد يحل له التمكن من استيفائه؛ لأنه ليس ثم حد فيستوفى منه.

قال ابن الصباغ: وهكذا نقول على هذا القول إذ اشتهر ذلك بين الناس ولم تقم به بينة عند الحاكم نعم لو ظهر بالشهادة عليه، فإنه يجب أن يظهره للإمام، ولا يجوز له أن يكتم ويستر على نفسه؛ لأنه لا غرض له في كتمانه، وقد قامت به البينة، وفي هذه الحالة تتوقف التوبة على فعل ذلك مع ما تقدم، فإن لم يستوفِ منه صحت توبته كما قاله المَاوَرْدِي والروياني وكان المأثم في ترك الحد على من يلزمه استيفاؤه من الإمام أو من ينوب عنه، ولا يجري الخلاف السابق في أن الحد هل يسقط بتقادم العهد والتوبة أم لا؟ لأن محله إذا لم يثبت عند الحاكم كما قاله المَاوَرْدِي هنا أما إذا ثبت كما صورنا فلا يسقط قولًا واحدًا، انتهى.

قال: المصنف: [فَصْلٌ]: لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأَظْهَرِ،

قلت: ويحتمل أن يقال: إنه إذا لم تعمُ بينة ولا ظهر عليه، ولو أظهره لترتب على إظهاره له مفاسد كثيرة من بطلان ولايته على وقوف وأيتام وغيرها ويستولي بسبب ذلك عليها الظلمة والخونة، ولو ستر نفسه لحفظت به أنه لا يجوز له والحالة هذه إظهاره درءًا لهذه المفاسد ونحوها فتأمله.

فَرْعٌ: لو تعدى فضرب إنسانًا فآلمه احتاج مع ما سبق في صحة التوبة إلى استحلال المضروب باستطابة نفسه ليزول عنه الإثم في حقه، فإن أحله منه ولا أمكنه من نفسه لتقابله على مثل فعله؛ لأنه ما في وسعه قاله المَاوَرْدِي، وكلام القاضي الحسين يوافقه.

وقال: إن المستحق إذا كان قد مات لا يأتي إلى وارثه بل يستغفر للميت، انتهى.

وقال الْحَلِيمِي: من أضر بمسلم وهو لا يشعر به أو لا يدري من أين أتى فإنه يزيل ذلك الضرر عنه ثم يسأله أن يعفو عنه ويستغفر له؛ لأن أولاد يعقوب عليه السلام لما جاءوا تائبين سألوه الاستغفار لهم؛ فدل على أن الاحتياط الجمع بين عفو المظلوم واستغفاره، والله أعلم.

إِشَارَةٌ: ذكرت في «الْغَنِيَّة» هنا فوائد مهمة عن القاضي الحسين وغيره في الخواطر المستقرة وغيرها وما يؤاخذ به من ذلك وما لا، وعن الْحَلِيمِي: إنه إذا طبع على القلب في ذنب امتنعت التوبة منه فقط دون غيره فراجعها إن أحببت فهي نفائس.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأَظْهَرِ) أي: كما سبق هناك والمسألة مكررة في الكتاب ولنا صور كثيرة أكتفي فيها بقولٍ واحدٍ على رأي، لكن هل ذلك شهادة أو خبر؟ في بعضها نظر! ونُورد منها ما حضر:

منها: لو مات ذمي فشهد عدل بأنه أسلم قبل موته لم يحكم بشهادته في

....

توريث مسلم ولا حرمان كافر قطعًا، وهل تقبل شهادته في الصلاة عليه وتوابعها؟ فيه وجهان بناهما المتولي على هذين القولين وأقره الشيخ هناك، وقضية البناء ترجيح القول.

وقال في «الْبَحْر»: وجه المقاربة أنها شهادة تقتضي إيجاب عبادة، وجزم القاضي الحسين في «فتاويه» بالمنع.

ومنها: قال ابن شداد: ولقد عجبت من قول صاحب «الذَّخَائِر» ولا يثبت بشاهد واحد إلا هلال رمضان، وقد تقدم تقرير أنه إذا أقام شاهدًا واحدًا استحق الحيلولة والوقف في صور متعددة وهو حق يثبت بالشاهد الواحد، ولعله أراد بذلك أن هذه أمور تابعة للحقوق لا أنها مقصودة، انتهى.

والأشبه أنه أراد بالثبوت الحكم الثابت والوقف والحيلولة ليستأمنه.

ومنها: هل يثبت هلال ذي الحجة بشاهد كرمضان؟ فيه وجهان ذكرهما الدَّارِمِي وزيف المصنف ذلك.

وقال القاضي الحسين: الأحكام المتعلقة بالهلال غير الصوم إذا تضمنت عبادة لا حق فيها لآدمي كالوقوف بعرفة والطواف ونحوه هل يقبل فيه عدل أم لا؟ فيه وجهان.

قلت: والقياس القبول وإن كان الأشهر خلافه فتبعيض الشهادة لا ينكر، وقال أبو ثور: يثبت هلال شوال بواحد، قال في «التقريب»: ولو قلت به لم أكن بعيدًا، قال الإمام: وهو متجه قياسًا لخروج وقت العبادة على دخوله، انتهى.

ويعارضه الاحتياط للصوم. وفي «جامع الترمذي»: ولم يختلف أهل العلم في الإفطار أنه لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين، انتهى.

ومنها: سبق عن «التهذيب» وغيره في البيع أنه يعتمد قول العدل الواحد في الغيب، ويثبت الرد به والمرجح خلافه، وأنه لا بد من شاهدين.

ومنها: سبق في اللفظة عن الغزالي الميل إلى الاكتفاء بعدل واحد يشهد لمدعي ملكيتها، وحكى الدَّارِمِي في المسألة وجهين سبقا.

وَيُشْتَرَطُ لِلزِّنَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ وَلِلْإِقْرَارِ بِهِ اثْنَانِ فِي الْأَظْهَرِ، وَفِي قَوْلٍ أَرْبَعَةٌ، ....

ومنها: قدمنا أن القاضي يكتفي بقول العون العدل في امتناع الخصم المتعزز من الحضور ويؤذيه بذلك، وذكر الشيخ برهان الدين في «حواشي المنهاج» بعض هذه الصور، وأن المَاوَرْدِي قال في كلامه على ما يكون به عدلًا، والثالث: أن يشهد ببلوغه شاهد عدل، فيحكم ببلوغه وتكون شهادة لا خبرًا، انتهى.

والذي في نسخ «الْحَاوِي» شاهدًا عدل بالألف كما رأيته فيها، وكذا نقل عنه، وإنما سقطت الألف مما وقف عليه رَحِمَهُ اللهُ.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِلزِّنَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ**) للآيات الشريفة وغيرها من السنة، والمراد بالزنا: الشهادة بفعله ووقعه من المشهود عليه بمعاينة الشهود، وهذا في الزنا بالمرأة متفق عليه، وكذا لا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب، ونص «الأم»، وقيل: إن قلنا: الواجب التعزير كفى عدلان، ولا بد من التفصيل كما سبق، وذكر الـمُزَنِيّ بها، وسبق في أوائل النكاح الكلام على جواز النظر؛ لتحمل الشهادة، والصحيح المنصوص من أربعة أوجه؛ الجواز، أما لو رأوه اتفاقًا لا عن قصد النظر؛ قبلت شهادتهم قطعًا، وإن نظروا غشًّا لا للتحمل فسقوا وردوا قطعًا.

قال: (**وَلِلْإِقْرَارِ بِهِ اثْنَانِ**) أي: كسائر الإقرارات.

(**فِي الْأَظْهَرِ، وَفِي قَوْلٍ أَرْبَعَةٌ**) أي: لأنه إقرار بفعل فلا يثبت إلا بما يثبت به ذلك الفعل لاستوائهما في الموجب، والفرق أن المقر لا يتحتم حده بخلاف المعاين فلذلك غلظت ببينة والمشهور ثبوت القذف بشاهدين، وفي قول شاذ يشترط أربعة، وأشار الهروي إلى تغليط العبادي، وشذوذه في نقله لكن وافقه الدَّارِمِي على نقله وهو قبله، فقال: ففي الإقرار بالزنا بالقذف قولان:

أحدهما: أربعة.

والثاني: عدلان فإن كان القول في الإقرار بالقذف، ففي الشهادة عليه نفسه أولى.

وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ: رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ....

قال: (**وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ**) أي: وصلح وفرض وشفعة ومسابقة وحصول السبق فيه والصداق في نكاح، أو في وطء شبهة.

(**وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ**) أي: ونحوهما.

(**رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**) لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فكان على عمومه إلا ما خصه دليل.

ومن هذا القسم:

قتل الخطأ، وسائر الجنايات الموجبة للمال، وإن كانت عمدًا كما نص عليه في «الأم»، والهبات والوصايا بالمال والغصوب وقبض الأموال.

ومنه: نجوم الكتابة في النجم الأخير وجه: إنه لا يثبت قبضه إلا برجلين.

ومنه: الإبراء، وعن الربيع: إنه لا يثبت إلا برجلين.

ومنه: طاعة الزوجة لاستحقاق النفقة، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإدمان الصيد لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم للآية.

وقال القاضي أبو الطيب: إنه إجماع وسواء تقدمت شهادة الرجل على شهادة المرأتين أم تأخرت، وسواء قدر على رجلين أم لا، قالوا والخنثى هنا كالأنثى.

تَنْبِيهَاتٌ: في الأجل وجه: إنه لا بد من رجلين؛ لأنه ضرب سلطنة كالوكالة والقراض في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل» ملحق بما المقصود منه المال وكذا الشركة، قاله في «الوسيط».

وحكى ابن أبي الدَّم عن القاضي الحسين أنه قال: عقد القراض والشركة لا يثبت إلا بشاهدين وبه جزم الْبَغَوِي، وقالا: إنه الأصح؛ لأنه إثبات وكالة على المال المشترك، والمتبادر من لفظ «المنهاج» الثبوت بالرجل والمرأتين، وهذا قاله القاضي الحسين تفريعًا على المذهب، وعنده أن الوكالة بالمال تثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين، فعقد القراض والشركة أولى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وكان القاضي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ يقول: الوكالة تثبت بشاهد

....

ويمين وشاهد وامرأتين كالبيع؛ لأن المقصود من الوكالة إثبات المال.

قال: وهذا بخلاف الوصاية حيث لا تثبت إلا بعدلين وإن كانت في أمر المال؛ لأنها ولاية وخلافة، ثم ذكر أنها لا تثبت إلا بعدلين؛ لأنه يحتاج إلى إثبات فعل الغير والصحيح ما ذكره الأصحاب.

حكى ابْن كَجٍّ وجهًا أن الرهن لا يثبت إلا بشاهدين، قال ابن أبي هريرة: لا تدخل النساء في التقويم، وقال أبو إسحاق: يثبت بالشاهد والمرأتين واليمين.

قال الديلمي: قال أبو الحسن: وهذا أولى إذا ادعى أنه أوصى له بمال قبل هذا وامرأتان، قال الدَّارِمِي: وعن أبي هريرة: إنه إذا أقام شاهدين أو شاهدًا وامرأتين حلف كالغائب، وإن أقام عدلًا حلف معه للأمرين أن ما شهد به شاهده حق، وأن الميت لم يرجع حتى مات سبق أن مما يثبت من العقود برجل وامرأتين عقد المسابقة وحصول السبق فيه هكذا أورده الرَّافِعِي وهو الصواب، ووقع في «الرَّوْضَة»: والمسابقة وخيول المسابقة وهو تصحيف، ووقع في بعض نسخ «الشرح»: فكتب موضع حصول خيول ثم أبدل الشيخ السبق بالمسابقة ظانًا أن اللفظ خيول بالخاء المعجمة والياء وهو سهو نعم هل هو بالحاء والصاد المهملتين فتكون الشهادة على خيول السبق من أحد المتراهنين أو بالخاء المعجمة والصاد المهملة فيه تردد عندي، فإن ابن فارس قال في«المجمل»: فصل الخاء المعجمة: تخاصل القوم تراهنوا في الرمي وأحرز فلان خصلة إذا غلب، ذكر الجوهري في «الصحاح» مثله كما أوضحته في منتصف «الْغُنْيَّة» والله أعلم.

قال الرَّافِعِي في آخر الفصل: والإقرار بكل ما يثبت برجل وامرأتين يثبت برجل وامرأتين، وقوله في «الوجيز»: وكذا فسوخ العقود - يعني العقود المالية - فأما فسوخ النكاح فهي كالطلاق هذا هو الصواب في نقل كلام الرَّافِعِي، ووقع في نسخ بكتابه تخبيط مخبر عنه في «الرَّوْضَة» بقوله: والإقرار بكل ما يثبت برجل

وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةٍ لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِآدَمِيٍّ وَمَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِبًا كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ وَجَرْحٍ ....

يثبت برجل وامرأتين، وفي بعضها والإقرار بكل ما يثبت برجلين يثبت برجل وامرأتين، وفي بعضها والإقرار بكل ما يثبت برجل يثبت برجل وامرأتين وكلاهما غلط، وأصلحت نسخ من «الرَّوْضَة» على الصواب، ثم قال في «الرَّوْضَة»: وفسخ العقود المالية يثبت برجل وامرأتين، وفسخ الطلاق لا يثبت إلا برجلين وهو سهو وصوابه ما سبق عن لفظ الرَّافِعِي.

فَائِدَةٌ: رأيت في «الذَّخَائِر» في كلامه على ما يثبت به المال وما يقصد به المال: ويقبل الرجل والمرأتان مع وجود الرجلين ومع عدمها، وحكى في «الْحَاوِي» أنه لا يقبل الرجل والمرأتان إلا مع عدم الرجلين والمذهب الأول، انتهى.

ونقل ابن شداد هذا عن «الْحَاوِي» وهو سهو من مُجَلِّيٍّ، وتصفحت «الْحَاوِي» فلم أر فيه إلا المذهب المعروف.

وقال في باب الشاهد واليمين: يجوز أن يحكم بالمال بشاهدٍ وامرأتين وإن قدر على الشاهدين.

وقال مالك: لا يجوز أن يحكم له بالمال بالشاهد والمرأتين إلا مع عدم الشاهدين، ورد عليه بأشياء منها: إنه وافق على جواز أن يتوثق المستشهد بشاهد وامرأتين مع القدرة على الشاهدين، انتهى.

وصرح ابن المنذر بنقل الإجماع على موافقة المذهب في موضع، وأشار إليه في آخر، لكن ابن عطية وغيره حكوا ذلك عن قوم ولم يسموهم وردوه عليهم، وهذا مما يبعد ثبوته عن مالك فاعلم.

قال: (**وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةٍ لِله تَعَالَى**) أي: كحدوده والتعزير لحقه تعالى.

قال: (**أَوْ لِآدَمِيٍّ**) كحد قذف وقصاص نفس أو عضو أو منفعته وموجب تعزيره.

(**وَمَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِبًا كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ، وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ، وَجَرْحٍ**

وَتَعْدِيلٍ وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ وَوَكَالَةٍ وَوِصَايَةٍ وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَانِ.

وَتَعْدِيلٍ، وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ، وَوَكَالَةٍ وَوِصَايَةٍ، وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَانِ).

قلت: ومن هذا الضرب الإعتاق والاستيلاد وكذا الكتابة على الأصح، ومنه البلوغ والرشد والإيلاء والظهار والقضاء والولاية إن شرط فيهما الشهادة والنسب والولادة، ومنه انقضاء العدة والعفو عن القصاص والحد والإعسار على المذهب.

قال ابن الرِّفْعَة: والوديعة كما ذكره القاضي أبو الطيب والشهادة على كتاب القاضي والإحصان وكفالة البدن، واستدلوا لهذا الضرب بأشياء.

أما الحدود: فحديث الزهري أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين بعده ألا تقبل شهادة النساء في الحدود رواه مالك عن عقيل عن ابن شهاب: مضت السنة من رسول الله ﷺ أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في الطلاق، وهذا وإن كان مرسلًا فالخصم وهو أبو حنيفة بحجيته؛ ولأن كل ما لم يقصد منه المال إذا لم تقبل فيه شهادتهن على الانفراد لم يقبل مع الرجل كالقصاص بوفاق، وأما فيما يطلع عليه الرجال غالبًا فإنه سبحانه نص فيما سوى الأموال على شهادة الرجال دون النساء في ثلاثة مواضع وهي: الطلاق والرجعة والوصاية، وصح الحديث: «**لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ**»[1].

تَنْبِيهَاتٌ: ما سبق في الشهادة بالبلوغ والنسب هو في الشهادة بهما عينًا، أما لو شهد النسوة بحيض أو ولادة ثبت النسب والبلوغ بشرطه تبعًا، وتقدم أن الجرح لا يثبت إلا برجلين لكن لو ادعى تكذيب المدعي المشهودة بالمال حكم بشاهد ويمين.

قال في «الْبَحْر»: لأن تكذيبه لبينة يوجب سقوط حقه لا جرح الشهود، وحكى وجه أن جرح شهود المال يثبت بشاهد ويمين ألحق القاضي أبو الطيب بهذا الضرب قطع اليد من الساعد عمدًا.

وقال الشيخ أبو حامد: يثبت بشاهد ويمين؛ لأنه لا قصاص فيه وغلطه

---

(١) تقدم تخريجه.

وَمَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا كَبَكَارَةٍ وَوِلَادَةٍ وَحَيْضٍ وَرَضَاعٍ وَعُيُوبٍ تَحْتَ الثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

أبو الطيب؛ لأن له أن يقتص من الكوع فلا يثبت بشاهد ويمين ورد عليه بما سيأتي عن النص في الهاشمة لو أقام على هاشمة ومنقلة مسوقة بإيضاح شاهد وامرأتين أو شاهد ورام الحلف معه فالنص أنه لا يثبت أرش الهاشمة والمنقلة بذلك، بل لا بد من شهادة رجلين، والنص فيما إذا رمى زيدًا فمرق السهم منه وأصاب غيره أنه يثبت الخطأ في الثاني برجل وامرأتين وبشاهد ويمين وفيهما طريقان أوضحتهما في «الْغَنِيَّة» أصحهما تقرير النصين؛ لأن الهشم المشتمل على الإيضاح جناية واحدة وإذا اشتملت الجناية على ما يوجب القصاص احتيط لها، ولم يثبت إلا بحجة كاملة، وفي مروق السهم حصل جنايتان لا تعلق لإحداهما بالأخرى لو أوجبت الجناية القود لكنه عفا عنه وأراد إثباتها بشاهد وامرأتين فوجهان:

أصحهما في «الْحَاوِي»: الثبوت؛ لأنه لا قصاص والمقصود المال وأيده ابن الرِّفْعَة بأن الجديد أن الواجب في قتل العمد أحد الأمرين، وأنه إذا اختار أحدهما حكمنا بأنه الذي كان وجب بالقتل.

وأصحهما: وبه أجاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي المنع وعزاه إلى نص «الأم». وعن أبي بكر الطوسي طريقة قاطعة؛ لأنها في نفسها موجبة للقود لو ثبت؛ ولأنه ينبغي أن يثبت القود حتى يكون للعفو اعتبارًا.

قال: (**وَمَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا كَبَكَارَةٍ وَوِلَادَةٍ وَحَيْضٍ وَرَضَاعٍ وَعُيُوبٍ تَحْتَ الثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ**) أما النسوة المنفردات فلقول الزهري: مضت السنة أن يجوز النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن رواه ابن أبي شيبة؛ ولأن الرجال لا يرون ذلك غالبًا فلو لم يقبلهن لتعذر إثباته، وأما اعتبار الأربع، فلأن الله تعالى أقام كل امرأتين مقام رجل حيث قبلن، وفي «صحيح» مسلم: «**فَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ تَعْدِلُ شَهَادَةَ رَجُلٍ**».

....

وإذا ثبت قولان منفردان فرجلان ورجل وامرأتان أولى بالقول، وإليه أشار المصنف بقوله بما سبق، وعن الإصطخري: إن الرضاع وعيوب النساء إنما تثبت بالنساء المحصنات كذا نقله الإمام في كتاب الرضاع، وقال صاحب «روضة الحكام»: وتقبل شهادة أربع نسوة في عيوب النساء في الفرج وبالمهر والولادة والرضاع، ويقبل في ذلك ما يقبل في المال شاهدان وامرأتان في أصح الوجهين، وفيه وجه آخر: إنه لا يقبل شاهد وامرأتان، انتهى.

وما ذكره في المهر غريب وسننبه عليه.

تتمات وتَنْبِيهَاتٌ:

منها: قال الْقَفَّال والقاضي الحسين والمتولي: الرضاع من لبنٍ حُلِبَ في آنية لا يثبت إلا برجلين، والشهادة بأن هذا من لبن هذه المرأة يثبت بشهادتهن؛ لأن الرجال لا يطلعون عليه غالبًا.

ثانيها: أخرج المصنف بقوله: تحت الثياب العيب الظاهر.

قال الْبَغَوِي: العيب في وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين بناء على أنهما ليسا من العورة، وفي وجه الأمة وما يبدو منها عند المهنة يثبت برجل وامرأتين؛ لأن المقصود منه المال، انتهى وأقره الشيخان.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: وشهادة النساء بالعيب على وجه الأمة ويدها وساقها لا تقبل، وتقبل على العيب بمحل العورة ولا بد من رجل معهن؛ لأن الأمة مال، انتهى.

وأطلق الـمَاوَرْدِي في باب شهادة النساء: نقل الإجماع على أن عيوب النساء في الوجه والكفين لا يقبل فيه إلا الرجال، ولم يفرق بين حرة وأمة، قال: لخروجه عن العورة في حق الرجال والنساء فلم تدعُ الضرورة فيه إلى انفراد النساء.

قال ابن الرِّفْعَة: وصرح به القاضي الحسين في الحرائر والإماء، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وشهادة النساء على العيب

....

بوجه الحرة فيه وجهان: أحدهما: لا تقبل؛ لأن وجه الحرة ليس بعورة، والثاني: تقبل؛ لأن الغالب أن الحرة لا تكشف وجهها للأجنبي.

ثالثها: عبر المصنف بـ: تحت الثياب، وفيه شمول وهو الأجود، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الرَّوْضَة» وغيرها: تحت الإزار، فالحرة كانت أو أمة ومرادهم ما بين السرة والركبة كما صرح به الأصحاب، وبين العبارتين تفاوت، وقولهم: تحت الإزار، يفهم أنه لا تقبل شهادتهن بانفرادهن فيما فوق السرة من العيوب ولا فيما تحت الركبة منها بخلاف ما تفهمه عبارة «المنهاج».

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي، وأما العيب على وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين عدلين، وإن كان على ثديها تحت الإزار أو غيره أن يثبت بأربع نسوة بخلاف الوجه والكف؛ لأنها ليست بعورة، انتهى.

وفي «شافي» الجرجاني: تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ بِانْفِرَادِهِنَّ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ: الْوِلَادَةِ، وَاسْتِهْلَالِ الْمَوْلُودِ إِذَا مَاتَ، وَالرَّضَاعِ وَالْعُيُوبِ الَّتِي تَحْتَ الثِّيَابِ مِنْ الْحُرَّةِ فِي جَمِيعِ بَدَنِهَا إِلَّا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ، وَمِنْ الْأَمَةِ فِيمَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ.

وأطلق في «التحرير»: وَالْعُيُوبُ تَحْتَ الثِّيَابِ مِنْ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ وَلَمْ يُفَصِّلْ، وَهُوَ قَضِيَّةُ مَا فِي «الْحَاوِي» وَغَيْرِهِ وَحِينَئِذٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ بِانْفِرَادِهِنَّ فِي جَمِيعِ عُيُوبِ النِّسَاءِ فِي جَمِيعِ أَبْدَانِهِنَّ إِلَّا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ، ويجتمع في الأمة وجوه:

أحدها: إنها كالحرة.

والثاني: إنها كالحرة فيما بين السرة والركبة فقط.

والثالث: إنه لا بد من رجل معهن؛ لأنها مالي وذكرت في «الْغَنِيَّة»: إنها كالحرة على الأصح، وفيه نظر وإن اقتضاه كلام الكتاب وغيره، وذكر الـمَاوَرْدِي فيما سبق: إن رأسها ليس بعورة بالإجماع، وذكر ابن الرِّفْعَة عن القاضي الحسين: إنه إذا كان العيب على ظهر الأمة وبطنها، هل يثبت بشهادة النسوة؟ فيه وجهان يبنيان على أن النظر إلى بطنها وظهرها هل يجوز؟ فيه وجهان، انتهى.

....

وقضية البناء أن يأتي جميع ما سبق في كتاب النكاح من الخلاف فيما هو عورة منها بالنسبة إلى نظر الأحاديث وإطلاق الجمهور هنا يخالفه.

رابعها: كلام الْبَغَوِي وغيره في وجه الحرة وكفيها بناء على أنهما ليسا بعورة إن أريد به بالنسبة إلى عدم تحريم نظر الأجانب إليها فيكون ذلك تفريعًا على طريقة متقدمي الأصحاب، وعلى ما رجح في مسائل النظر يكونا عورة بالنسبة إلى تحريم النظر إليها بلا حاجة، ويرشد إلى ذلك ما ذكره القاضي الحسين في بطن الأمة وظهرها فوق السرة وحينئذ يثبت عيب الحرة في وجهها وكفيها بالنساء منفردات؛ لأنهما عورة في نظر الأجانب إليها لكن سبق نقل المَاوَرْدِي الإجماع على خلافه فتأمله.

خامسها: صرح المصنف هنا بإمكان إقامة البينة على الحيض وهو الصحيح بخلاف ما ذكراه في «الرَّوْضَة» وأصلها في كتاب الطلاق وقد أوضحناه هناك.

سادسها: قال الرَّافِعِي: قال الْبَغَوِي: والجراحة التي تصيب فرج المرأة لا تلحق بالعيب؛ لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالبًا.

قال الرَّافِعِي: كذا ذكره لكن جنس العيب أيضًا مما يطلع عليه الرجال غالبًا إنما الذي لا يطلعون عليه العيب الخاص وكذلك الجراحة الخاصة.

قال في «الرَّوْضَة»: قلت: الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من الْبَغَوِي كونه ذكر خلاف هذا وتعلق بمجرد الاسم، انتهى.

وما ذكره الْبَغَوِي حكاه ابن الرِّفْعَة عنه وعن القاضي الحسين والبندنيجي، قال: وقد أشار إليه الأصحاب مع مالك في منع قبول شهادة الصبيان على الجراحات وادعى القاضي أبو الطيب هنا أن الإجماع على ذلك، انتهى.

وإطلاق ابن المنذر يفهم نقل الإجماع فيه أيضًا، ولا ريب فيه أن أوجب لجراحة القصاص، وإن أوجبت المال فذاك مما يثبت بشاهد وامرأتين وشاهد ويمين صرحوا به وأما ثبوتها بالنساء المحصنات، فإن ثبت في المنع إجماع

....

فلا كلام وإلا فالقياس ما أبداه الرَّافِعِي وصوبه الشيخ.

اعلم أني راجعت «تعليق» الْبَغَوِي و«تهذيبه» فوجدته قال فيهما: وإن أصاب فرج المرأة جراحة في الحمام فإن كانت موجبة للقصاص فلا تثبت إلا برجلين، وإن كانت موجبة للمال تثبت برجل وامرأتين وبشاهد ويمين ولا تثبت بأربع نسوة؛ لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالبًا، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي، وأما شهادة النساء على الجراح في الحمامات الأصح أنها لا تقبل؛ لأن للرجال اطلاعًا على أصل الجرح، انتهى.

فأشار إلى وجهين ولعل محلهما فيما إذا كن في الحمام، وقد لا يكون قيدًا في الخلاف وحذف الرَّافِعِي ذكر الحمام.

سابعها: سبق في آخر الرضاع أن بعض الأصحاب قال: لا تقبل شهادة النساء المحصنات إلا في ثلاث مسائل الأولى الارتضاع من الثدي وأن اللبن الحاصل في ظرف لبن فلانة، والثانية: الولادة، والثالثة: عيوب النساء تحت الثياب.

وزاد الـمَاوَرْدِي رابعة وهي الاستهلال، وجزم به جماعة، وذكر الرَّافِعِي وغيره أنه المشهور، وأن الربيع حكى فيه قولًا آخر، وقال الدَّارِمِي: وهل يقبلن على الاستهلال؟ قيل قولان، وقيل: تقبل في الصلاة عليه ونحو ذلك، ولا تقبل في الجناية ونحوها من حقوق الآدميين.

وقال الصَّيْمَرِيّ: أجمعوا على قبولهن في الولادة منفردات، وإذا جاز ذلك فيها ضرورة وحاجة في استهلال الولد وحياته عند انفصاله وهل خرج حيًا أو ميتًا؟ انتهى.

فحصل ثلاث طرق يخرج منها ثلاثة آراء وترد على الحصر في المسائل الأربع والبكارة والثيوبة والحيض.

ثامنها: ما قبل فيه شهادة النسوة على فعله لا يقبل على الإقرار به صرح به

....

الأصحاب في كتاب الرضاع وغيره؛ لأنه مما يسمعه الرجال كسائر الأقارير.

تاسعها: قال ابن الرِّفْعَة: أغرب المتولي حيث قال: إذا أخبر الشفيع نسوة بالبيع بني على قبول شهادتهن منفردات إن قلنا تقبل، فهو كما لو شهد عدلان وإلا فكما لو شهدت امرأة واحدة، قال: ولعل ما ذكره على ما تقبل شهادتهن فيه على وجه التبعية كما قاله المَاوَرْدِي فيما إذا ادعى رجل رق اللقيط أنه تسمع شهادة أربع نسوة بالولادة في ملكه وتكون شهادتهن بملك الأم عند الولادة مقبولة تبعًا للشهادة بالولادة، انتهى.

ويمكن حمل ما ذكره المتولي على ما لو كان قد أصدقها شقصًا مشفوعًا ثم طلقها بعد مدة طويلة وادعى عدم الدخول فشهد أربع نسوة بولادتها على فراشه وكذا تلحقه شرعًا.

وسبق في كلام شُرَيْح الرُّويَانِي: إنه تقبل شهادتهن بالمهر ويجب تأويله على ما ذكرناه أو نحوه.

عاشرها: قول المصنف بما سبق وبأربع نسوة، يفهمك أنه لا يثبت ما ذكره بشاهد ويمين، وبه صرح المَاوَرْدِي في الرضاع وغيره، قال الرَّافِعِي: وهو الموافق لإطلاق عامة الناقلين، وحكى ابن أبي الدَّم أن الشيخ أبا علي قال في «شرحه الكبير»: إن أبا طاهر الزيادي قال: يثبت الرضاع في الولادة بشهادة امرأتين ويمين المدعي؛ لأنها شهادة توقفت على امرأتين فجاز أن يقوم اليمين فيها مقام امرأتين كالشاهد الواحد في المال، وأن الْقَفَّال قال: إنه خطأ؛ لأن اليمين دخلت في الأموال لحقها، ودخول البدل فيها وثبوت الرضاع والولادة بشاهد وامرأتين لم يكن لحقه ذلك بل للحاجة إليه؛ لأنه لا يطلع عليه في الغالب إلا النساء أما ما تحت الإزار من العيوب كالبرص وغيره لا يثبت إلا برجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة ولا يثبت بشاهد ويمين، انتهى.

والظاهر أن هذا في عيب الحرة، أما الأمة فيثبت ذلك فيها بشاهد ويمين؛ لأن المقصود المال، وفي «التَّنْبِيه» مزيد كلام ذكرته في «الْغَنِيَّة».

وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، وَمَا ثَبَتَ بِهِمْ ثَبَتَ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَنَحْوَهَا، ....

قال: (**وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ**) أي: لأن الرجل والمرأتين أقوى من رجل ويمين فإذا لم يثبت بالأقوى لم يثبت بما دونه.

قال: (**وَمَا ثَبَتَ بِهِمْ**) أي: برجل وامرأتين.

(**ثَبَتَ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ**) لأنه ﷺ قضى بيمين وشاهد رواه مسلم ورواه نيف وعشرون صحابيًا مرفوعًا ذكره البيهقي في «الخلافيات» وغيره أكثرهم أو كثيرون منهم ووافق على القضاء بالشاهد واليمين مالك وأحمد وجمهور الأئمة، ومنهم الخلفاء الراشدون الأربعة رضي الله عنهم وخالف فيه أبو حنيفة.

قال الصَّيْمَرِيّ: وأعظم شيء ما حكي عنه أنه قال: أنقض حكم القاضي باليمين والشاهد مع ثبوت البينة، ولكن يقول: لو نقض القاضي ذلك رددنا نقضه؛ لأنه خلاف السنة.

قال: (**إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَنَحْوَهَا**) أي: مما سبق فإنها لا تثبت برجل ويمين؛ لأنها أمور خطيرة بخلاف الأموال وقبول شهادة النساء فيها من جهة أنه لا يطلع عليها الرجال غالبًا، وهذا الاستثناء ذكره جماعة منهم المَاوَرْدِي والدارمي والإمام والغزالي والْبَغَوِي والشاشي، واقتضاه كلام الجمهور وهو فيما لا يوجب المال، وكنت أراه محل وفاق، وكنت أحمل قول صاحب «البيان» وغيره: وكل حق يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد ويمين المدعي، على أن المراد به الأموال كما دل عليه التقرير، ثم رأيت الصَّيْمَرِيّ قال في «شرح الكفاية»: كل موضع جوزنا فيه النساء منفردات جوزنا فيه شاهدين أو شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا ويمينًا، وذكر ابن أبي عصرون في «تنبيهه» نحوه وأطلق في «الانتصار» أن ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين، لكنه قيد ذلك آخر الفصل بالأموال وسبق وجه أن كل ما يثبت بشهادة النسوة يثبت بامرأتين ويمين وعليه يتجه أن يقال: يثبت ذلك برجل ويمين؛ لأن الرجل أقوى من المرأتين لكن ذاك وجه غريب.

وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ، وَإِنَّمَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ، وَيَذْكُرُ فِي حَلِفِهِ صِدْقَ الشَّاهِدِ.

فَائِدَةٌ: حكى المَاوَرْدِي وجهًا أنه لا يجوز الحكم بشاهد ويمين في المال مع التمكن من البينة الكاملة وهو شاذ والظاهر أن صاحب «الذَّخَائِر» أراد نقله فالتبس عليه بما ذكره في الشاهد والمرأتين كما سبق.

قال: **(وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ)** أي: على الصحيح المعروف ونفى نافون الخلاف فيه، وسبق عن الزيادي أنه أثبت الرضاع والولادة بشاهد ويمين المدعي، وحكى الرَّافِعِي عن رواية السرخسي عن طائفة منهم الشيخ أبو علي إجراء هذا الوجه في كل ما تسمع فيه شهادة النسوة منفردات بخلاف الأموال حيث لا تقبل فيها امرأتان ويمين المدعي بلا خلاف، ونقل الرَّافِعِي أيضًا فيما يسقط به حق الشفيع هناك وجهًا.

قال: **(وَإِنَّمَا يَحْلِفُ الْمدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ)** لأن جانبه إنما يتقوى حينئذ، وإنما يحلف من قوى جانبه كالمدعى عليه فإن جانبه قوي بالأصل، ويحلف المدعي بعد نكول الخصم؛ لأن نكوله قوى جانبه، وقيل: يجوز تقديم اليمين على الشهادة كما يجوز تقدم شهادة المرأتين على شهادة الرجل، وللإمام احتمال في تقديم اليمين على تعديل الشاهد أسقطته «الرَّوْضَة».

فَرْعٌ: هل القضاء بالشاهد وحده واليمين مؤكدة أم بالعكس أم بهما جميعًا؟ أوجه أصحّها ثالثها، وثمرة الخلاف تظهر إذا رجع الشاهد، فإن قلنا: القضاء به غرم أو باليمين فلا أو بهما فعليه النصف كذا نقل الرَّافِعِي، وهو كالمصرح بأنه على الأول يغرم الكل، ونقل ابن أبي الدَّم عن الشيخ أبي علي أنه لا صائر إلى أنه يغرم الكل وأبدى الإمام احتمالًا في تغريم الشاهد.

قال: **(وَيَذْكُرُ)** أي: وجوبًا.

(فِي حَلِفِهِ صِدْقَ الشَّاهِدِ) أي: فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق لكذا هكذا قاله الشيخان، وعبارة «الْبَسِيط»: إنه لصادق وإني محق، وقال غيره: لصادق فيما شهد به وهي أحسن، ووجه بأن اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس فاعتبر ارتباط إحداهما بالأخرى؛ لتصيرا كالنوع الواحد.

فَإِنْ تَرَكَ الْحَلِفَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ، ....

قال الرَّافِعِي: كذا وجهوه وإنما ينتظم على قولنا بإسناد القضاء إليهما، ولم يحك الرَّافِعِي في المسألة خلافًا، وفي «النهاية» و«الْبَسِيط» هنا دعوى الاتفاق عليه، قالا: واللفظ للـ«بسيط»: ولم يضايق أحد بتقديم التصديق على قوله: أنا محق وتأخيره، انتهى.

وفي لزوم التعرض لما سبق وجهان في «الْحَاوِي» و«الْبَحْر» و«النهاية» في موضع آخر، وعبارة «الْحَاوِي»: واختلف أصحابنا هل يلزمه أن يذكر فيها وأن ما شهد به شاهده حق وصدق على ما شهد به؟ على وجهين: أحدهما: يلزمه ذلك تحقيقًا لشهادته وإثباتًا لقوله، والثاني: لا يلزمه؛ لأنه في يمينه كشاهد آخر ولا يلزم الشاهد أن يشهد بصدق الآخر وصحة شهادته، وسبق عن ابن أبي هريرة أنه إذا ادعى وصية له بمال وأقام شاهدًا أنه يحلف معه لأمرين أن ما شهد به شاهده حق وأنه لم يرجع حتى مات، ولو ادعى هبة وإقباضًا فالقياس أنه يحلف مع شاهده بذلك على صدقه وأن الواهب أقبض العين الموهوبة وكذا يقال في إقباض الرهن ومن هذا أشباهه.

قال: (**فَإِنْ تَرَكَ الْحَلِفَ**) أي: مع شاهده.

(**وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ**) لأنه قد يتورع عن الحلف، فإن حلف الخصم سقطت الدعوى.

قال الرَّافِعِي: وقال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف ما لو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه حيث تسمع؛ لأن البينة قد يتعذر عليه إقامتها فعذر واليمين إليه بعد شهادة الشاهد الواحد فلا عذر له في الامتناع، انتهى.

وكلام الرَّافِعِي يشعر بأنه إنما يسقط يمينه مع شاهده إذا حلف المدعى عليه لا قبل حلفه، وقال في «البيان»: إن حلف مع شاهده حكم له بما ادعاه، وإن اختار ألا يحلف معه سقطت اليمين من حقّه، وصارت في حق المدعى عليه، فإن أراد المدعي أن يحلف مع شاهده لم يكن له ذلك في هذا المجلس

فَإِنْ نَكَلَ فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ فِي الْأَظْهَرِ.

إلا أن يتفرقا عن ذلك المجلس ويدّعي عليه، فإن أنكر فله أن يقيم شاهده ويحلف معه؛ لأنها قد سقطت في هذه الدعوى فلم يعد إليه إلا في دعوى أخرى، انتهى.

وكلام «الشامل» مصرح بأنه بامتناعه من اليمين مع شاهده يسقط حقه من اليمين، نعم؛ قوله: ولا يشبه ذلك إقامة البينة بعد اليمين؛ لأنه قد تتعذر البينة إلى آخره، يوهم أنه لا يسمع يمينه مع شاهده بعد حلف المدعى عليه مطلقًا، وليس كذلك ويوهم أن سماع البينة الكاملة بعد حلف المدعى عليه إنما يكون عند التعذر وليس كذلك.

قال المَاوَرْدِي: لو أقام شاهدين ثم طلب ألا يحكم بهما، ويحلف المدعى عليه أجيب إلى إحلافه فلو طلب الحكم عليه ببينته أجيب إلى الحكم بها وقطعت اليمين على المدعى عليه، ولو أقام شاهدًا وامتنع من اليمين معه ورضي بإحلاف المنكر ثم رجع عن استحلافه لتخلف مع شاهده لم يكن له ذلك؛ لأنه قد أسقط حقه من اليمين فطلبه إحلاف المنكر كما لم يكن للمنكر إذا نكل عن اليمين أن يرجع في ردها على المدعي ليحلف على إنكاره لإسقاطها في حقه بردها على خصمه، وخالف البينة الكاملة التي لا يسقط حقه منها بطلب اليمين؛ لأنها لا تنتقل عنه إلى غيره، انتهى.

فَرْعٌ: تكلم الإمام في الامتناع عن اليمين في تصوير النكول عن اليمين مع الشاهد فقال: إذا أقام الشاهد قال له القاضي: إن حلفت معه ثبت حقك وإن لم يحلف المدعى عليه منعتك من إعادته إلى مجلس الحكم، ثم قال: والمدعى عليه بعد إقامة المدعي الشاهد أن يقول: حلفني أو أحلفُ وخلصني.

قال: **(فَإِنْ نَكَلَ)** أي: المدعى عليه عن اليمين.

(فَلَهُ) أي: فللمدعي.

(أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ فِي الْأَظْهَرِ) لأنها عن التي امتنع منها مع شاهده بدليل أن تلك لا تجري في كل حق وهذه تجري في كل حق تسمع فيه الدعوى.

....

وعن الْقَفَّال أن له الحلف هنا قولًا واحدًا؛ لأنه هنا لا يحتاج إلى تصديق الشاهد والقول الثاني لا؛ لأنه يمكنه الحلف مع الشاهد.

قال الرَّافِعِي: ويجري القولان فيما إذا ادعى مالًا ونكل المدعى عليه ولم يحلف المدعي يمين الرد ثم أقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف يمين الرد، فالمنقول أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر؛ لأن يمينه حق المدعي فلا يتمكن من إسقاطه، لكن على هذا القول التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده فما ينبغي أن يحبس المدعى عليه.

وقد ذكر في «الشامل» نحوًا من هذا قلت: أبداه في «الشامل» احتمالًا لنفسه وما جعله المنقول هو ما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضيان أبو الطيب والحسين وابن الصباغ والعمراني، وحكاه الْمَاوَرْدِي هنا عن الشيخ أبي حامد وقال إنه خطأ؛ لأن الحبس على الحقوق بعد ثبوت استحقاقها ولم يثبت الحق بالشاهد فلم يجز أن يحبس ووجب تخلية سبيله، انتهى.

وسها ابن الرِّفْعَة فقال: إن الْمَاوَرْدِي قال: ذلك في باب ما على القاضي في الخصوم.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي آخر الفصل: ولو أراد المدعي بعدما امتنع من الحلف مع شاهد واستحلف الخصم أن يعود فيحلف مع شاهده حكى الْمَحَامِلِيّ أنه ليس له ذلك؛ لأن اليمين قد انتقلت من جانبه إلى جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر فيستأنف الدعوى ويقيم الشاهد فحينئذ يحلف معه، انتهى.

وهذا ما قدمته عن «البيان» والظاهر أنه طريقة العراقيين أو جمهورهم، وربما أفهمه كلام الرَّافِعِي السابق أن الدعوى تسقط بمرة يحلف المدعى عليه فلا يسمع منه بمجلس آخر، وهذا قد يجيء على رأي بعض المراوزة كما سنذكره إن شاء الله وسيأتي عن «الْحَاوِي» تفصيل بين أن يدع اليمين تأخيرًا لها أو نكولًا.

وقال الدَّارِمِي في باب الامتناع من اليمين: إذا حلف المدعى عليه أو نكل ونكل المدعي ثم جاء المدعي بشاهدين أو بشاهد وامرأتين أو يمين فيما

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَوَلَدُهَا فَقال رَجُلٌ: هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي عَلِقَتْ بِهَذَا فِي مِلْكِي وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ، لَا نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلَامٌ فَقال رَجُلٌ: كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ فَالْمَذْهَبُ انْتِزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرًّا.

يدخل فيه حكم له في العدلين والعدل والمرأتين، فإن كان الشاهد واليمين فقولان، وإن كان قد حلف المدعى عليه قال ابن المرزبان: القولان، وعندي يحكم قولًا واحدًا قبل القولين بناء هل الشاهدان أقوى من الشاهد واليمين أو مثله؟ على قولين، انتهى لفظه وفيه فوائد.

قال: (**وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَوَلَدُهَا فَقال: رَجُلٌ: هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي، عَلِقَتْ بِهَذَا فِي مِلْكِي**) أي: مني.

(**وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ**) لأن المستولدة ومنافعها ملك للسيد فهي كسائر الأموال الثابتة بالحجة الناقضة فتسلم إليه ويعتق بموته بإقراره.

قال المَاوَرْدِي: لا يختلف مذهب الشَّافِعِي أنه يحكم له بها وأنها تعتق عليه بموته لأمرين أن أحكام الرق باقية عليها بدليل الاستمتاع وأخذ قيمتها من قاتلها، وأنه لما حرم بيعها صار الملك والدعوى مقصورين على منافعها وهي مما يحكم فيه بشاهدين ويمين واختلف أصحابنا لاختلاف هذا التعليل هل صارت أم ولد بالإقرار أو بالبينة؟ على وجهين المنصوص الأول.

قال: (**لَا نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: المشهور من مذهب الشَّافِعِي المنصوص عليه في كتبه كما قاله المَاوَرْدِي؛ لأنهما لا يثبتان بهذه الحجة فيبقى الولد بيد ذي اليد ولا يحكم بحريته قطعًا ولا بنسبه على النص، وقيل: يحكم بنسبه على استحقاق عبد الغير، والقول الثاني حكاه المُزَنِيّ عنه واختاره ولم يوجد في كتبه أنه يصير بالشاهد واليمين حرًا نسيبًا تبعًا وصححه الفارقي، وحكى السرخسي طريقة قاطعة وهي شاذة طرحتها «الرَّوْضَة».

قال: (**وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلَامٌ فَقال رَجُلٌ: كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ فَالْمَذْهَبُ انْتِزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرًّا**) هذا ما نص عليه الشَّافِعِي واحتج به المُزَنِيّ

وَلَوْ ادَّعَتْ وَرَثَةٌ مَالًا لِمُوَرِّثِهِمْ وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ أَخَذَ نَصِيبَهُ، وَلَا يُشَارَكُ فِيهِ، ....

لما سبق واختلفوا فجعلهما ابن سُرَيْج على قولين، وقطع الجمهور بنصه هنا ولم يذكر جماعة غيره، وفرقوا بأنه في العبد يدعي ملكًا متقدمًا، وحجته تصلح لإثبات الملك، وإذا ثبت ترتب عليه العتق بإقراره، وفي صورة الاستيلاد إنما قامت الحجة على ملك الأم لا جرم وبنينا العتق عليه إذا جاءوا فيه بإقراره، وأما الولد فقضية الدعوى والحجة كونه حرًا نسيبًا وهما لا يثبتان بهذه الحجة فلذلك افترقا نعم لو أن المدعي في صورة الاستيلاد قال لذي اليد: استولدتها في ملكك ثم اشتريتها مع الولد يعتق الولد وأقام عليه حجة ناقضة فالعتق الآن يترتب على الملك الذي قامت الحجة الناقضة به فيكون على الطريقين في العبد، وسلك الإمام والغزالي في نقل المسألتين طريقًا أشار الرَّافِعِي إلى وهمهما فيها فلا نطيل بذكرها.

فَائِدَةٌ: ذكر ابن الرِّفْعَة مسألة العبد هنا كما سبق.

وقال في «الدعاوي» عقب قول «التَّنْبِيه»: وإن ادعى أن هذا العبد كان لي وأعتقته وغصبه فلان وأقام عليه بينة فقد قيل: يقضي بها، وقيل: كالبينة بالملك المتقدم، والفرق على الطريق الأول أن البينة هاهنا شهدت على وفق الدعوى؛ لأنه لا يدعي ملكه في الحال ولا كذلك ثمنه، فإن قتل ذكرتم من قبل أن الدعوى بملك سابق لا تسمع فكيف يستقيم هذا الفرق؟

قلت: ذلك فيما إذا كان الملك في الحال مقصودًا متصورًا وليس كذلك ما نحن فيه، فإن المقصود إثبات العتق ودفع الغصب وذكر الملك السابق وقع تبعًا، انتهى.

قلت: إذا كان المقصود هنا إثبات العتق ودفع الغصب، وذكر الملك تبعًا فكيف يحكم فيه بالشاهد واليمين عند الجمهور كما سبق؟.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَتْ وَرَثَةٌ مَالًا لِمُوَرِّثِهِمْ، وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ أَخَذَ نَصِيبَهُ، وَلَا يُشَارَكُ فِيهِ**) إذا ادعت الورثة دينًا لمورثهم أو عينًا فإنما يحكم به

وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ، ....

إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء: الموت، والوراثة، وأصل المال، والأول والثاني إنما يثبتان بشاهدين أو إقرار الخصم، وأما المال فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون وأقاموا شاهدًا، وحلفوا معه استحقوا والمأخوذ تركة، تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وإن حلف معه بعضهم أخذ الحالف نصيبه، والنص أنه لا يشاركه فيه من لم يحلف، ونص في كتاب الصلح أنهما لو ادعيا دارًا إرثًا فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه يشاركه المكذب فخرج من هناك قول أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف، وامتنع الجمهور من هذا التخريج، وقطعوا بأنه لا شركة هاهنا كما نص عليه، ولمّا اقترنت الصورتان، نقل الإمام فيه طريقين، قال قوم: لأن صورة كتاب الصلح مقصورة في العين وأعيان التركة مشتركة بين الورثة والمصدق معترف بأنه من التركة، والتصوير هاهنا في الدين، والدين إنما يتعين بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف يتعين لنصيبه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه، وقائل هذا يقول: لو فرضت مسألة الصلح في الدين لم تثبت الشركة، ولو فرض الشاهد ويمين بعض الورثة في العين ثبتت الشركة.

وقال آخرون: بل السبب إنما يثبت هنا بالشاهد واليمين، فلو شركنا ملكنا الناكل بيمين غيره وهو بعيد؛ لأن الحلف لا يجري فيه النيابة، وهناك ما يثبت ثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق بأنه إرث، وعلى هذا لا فرق هاهنا بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه وهذا الطريق هو ما أورده الجمهور وصححه الإمام والغزالي في «الْبَسِيط» وخالفهم في «الوسيط» من وجهين: **أحدهما**: أنه أشار إلى إثبات الخلاف في الصورتين بالنقل والتخريج في صورة الصلح مما نحن فيه، ولم يتعرضوا له. **والثاني**: أنه اعتمد من طريق الفرق على معنى العين والدين، وقال في «الْبَسِيط» منهم من قال في المسألتين قولَيْن بالنقل والتخريج، ومنهم من فرق ثم حكى الخلاف السابق في الفرق.

قال: **(وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ)** أي: حتى لو مات لم يكن لوارثه أن يحلف كذا ذكره الإمام والغزالي وغيره.

فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ، فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَةٍ.

قال الرَّافِعِي: وفي كتاب القاضي ابْن كَجٍّ ما ينازع فيه، انتهى.

وفي «الْحَاوِي»: إنهم لو امتنعوا من اليمين نكولًا لم يكن لورثتهم أن يحلفوا بعد موتهم؛ لأنهم أسقطوا حقهم من الأيمان لنكولهم، وإن كانوا قد توقفوا عن الحلف من غير نكول عنه جاز لورثتهم أن يحلفوا بعد موتهم ويستحقوا ما كان لهم؛ لأن حقوقهم من الأيمان لم تسقط بالتوقف وإنما تسقط بالنكول وليس التوقف نكولًا، انتهى.

وأجوز أن كلام ابْن كَجٍّ في صورة التوقف لا النكول، فلا يكون مخالفًا لما ذكره الإمام وغيره، فإنه مجزوم به في كلامهم، وذكرت في «الْغَنِيَّة» أن كلام الدَّارِمِي يقتضي إثبات قولين وفيه نظر.

فَرْعٌ: قال الإمام: لو أراد وارث الناكل أن يقيم شاهدًا آخر ليحلف معه لم يتمكن من الحلف أيضًا، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول ليحكم بالبينة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدع شاهدًا في خصومة ثم مات فأقام وارثه شاهدًا آخر يجوز أن يقال: له البناء عليه، ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى وإقامة البينة الأولى. وقضية كلام المَاوَرْدِي الجزم بالأول، وأنه لو أقام الورثة شاهدًا وحلف معه بعضهم ومات بعضهم قبل أن يحلف أو ينكل كان لوارثه أن يحلف لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشهادة فيه التردد المذكور، والأشبه أنه لا يحتاج، وقال في «الْبَسِيط»: إنه الظاهر وقضية كلام المَاوَرْدِي الجزم به.

قال: (**فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَالْمذهَبُ أَنَّهُ لَا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ، فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَةٍ**) نص الشَّافِعِي في المجنون على وقف نصيبه واختلف في معناه فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب المراد أنا نمنع من الحكم في نصيبه ونتوقف إلى إفاقته فيحلف أو ينكل ولا يؤخذ نصيبه، وقيل: أراد أنه يؤخذ نصيبه وتوقف.

قال المَاوَرْدِي: وهو وهم فعلى المذهب تصرف المدعى عليه نافذ سواء

....

كان المدعى دينًا أو عينًا؛ لأنه لم يثبت بالشاهد قبل اليمين شيء يوجب وقفه.

قال الرَّافِعِي عن الوجه الضعيف: وهذا أحد قوليه في الحيلولة بشاهد واحد؛ لأن الشاهد الذي يقيمه أحد الورثة مقام الكل.

قال: وهذا يظهر في الدعوى بالعين لا بالدين، قال: وقد يطلق لهذا الاختلاف في المسألة وجهان أو قولان والصبي والغائب يلحقان بالمجنون وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة أو لم يشعر بالحال كالصبي والمجنون والغائب في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل.

قلت: وهذا لا شك فيه فعلى المذهب إذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا أنصابهم، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة فلو مات الغائب أو الصبي أو المجنون فلوارثه أن يحلف ويأخذ حقه ولا تعاد الشهادة، وكذا حكم من لم يمتنع نكولًا من الحاضرين الكاملين.

قال المَاوَرْدِي: فَإِنْ كَانَ عَلَى الْمعتُوهِ وَالطِّفْلِ دَيْنٌ قُضِيَ مِنْهُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ دَيْنٌ قُضِيَ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّ الْمعتُوهِ وَالطِّفْلِ، فَلَوِ اجْتَمَعَ فِي هَذَا السَّهْم دَيْنَانِ، دَيْنٌ عَلَى الْميِّتِ الْأَوَّلِ، وَدَيْنٌ عَلَى الْمعتُوهِ وَالطِّفْلِ، قُضِيَ الدَّيْنَانِ مِنْهُ، فَإِنْ ضَاقَ السَّهْمُ عَنْهُمَا قُدِّمَ دَيْنُ الْميِّتِ الْأَوَّلِ عَلَى دَيْنِ الْمعتُوهِ، وَالطِّفْلِ؛ لِأَنَّهُمَا يَرِثَانِ مَا بَقِيَ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

تَنْبِيهَاتٌ: قال السرخسي من يحلف على دين وعين للميت يحلف على الجميع لا على حصته فقط سواء حلف كلهم وبعضهم، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا يحلفان.

قال الرَّافِعِي: وفي كلام غيره ما يشعر بخلافه ويؤيده قولنا: إن من لم يحلف لا يشارك الحالف فإذا خصصناه بالمأخوذ ولم نعطه حكم التركة فأشبه ما إذا ادعى قدر حصته ولم يتعرض للإرث، انتهى.

ما سبق أنه لا تعاد الشهادة هو فيما إذا لم يتعين حال الشاهد، فإن تغير فوجهان:

....

أحدهما: وبه قال الْقَفَّال: لا يقدح فيحلف مَن كمل أو حضر ويأخذ؛ لأنه قد اتصل الحكم بشهادته في حق الحالف فلا يؤثر فيها التغير بعده.

وثانيهما: واختاره الشيخ أبو علي أنهم لا يحلفون؛ لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف دون غيره ولهذا لو رجع لم يكن لهم أن يحلفوا.

قلت: وهذا أصح وأقوى، والظاهر أن موضع عدم الحاجة إلى إعادة الشهادة في حالتي تغير حال الشاهد وعدمه فيما إذا كان الأول قد ادعى بجميع الحق أما لو كان قد ادعى بحصته فقط فلا بدّ من الإعادة.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي إذا امتنع جميع الورثة من الحلف وعلى الميت دين فهل للغريم أن يحلف فيه قولان الجديد: المنع، وأجريا فيما لو كان قد أوصى لإنسان بشيء ولم يحلف الورثة هل يحلف الموصى له وإن كانت الوصية بعين وادعاه في يد الغير فلا ينبغي أن يكون موضع خلاف بل يجوز لا محالة.

قلت: حكى المَاوَرْدِي فيها طريقين أحدهما على القولين، والثاني: يحلف ويستحقها قولًا واحدًا وهو الوجه، وكذا لو كان قد أوصى له بثلث دينه على زيد وسيأتي ما يؤيده ثم أنه أطلق القولين في حلف الغريم ومحلهما إذا لم يكن للميت بقي بدينه، فإن كان لم يحلف قولًا واحدًا صرح به الأصحاب.

وعبارة «البيان»: وإن كان لا يمكنه استيفاء دينه إلا مما شهد به الشاهد فقولان وأجريا فيما لو ادّعى الورثة دينًا لمورثهم على منكر فنكل عن اليمين فردت على الورثة فلم يحلفوا وأجاب إلى الحلف.

قال الدَّارِمِي: وإذا جوزنا لا يحلفون إلا بقدر دينهم.

وقال صاحب «المستعمل»: في صورة الوصية قال: ـ يعني الشَّافِعِي ـ: والموصى له في ذلك بمنزلة الغريم لا يكون له أن يحلف مع الشاهد إذا امتنع الوارث من اليمين، قال منصور: هذا إذا قال: لفلان من مالي عشرة دراهم وماله ذهب أو شيء غير الورق، فأما إذا قال: لزيد من مالي بعد موتي الثلث أو الربع أو العشر فهذا ملك زيد من ماله حرًا شائعًا فيه فصار كالوارث يحلف مع

....

شاهده عليه قدر الوصية من جميع المال حلف الوارث أو لم يحلف، انتهى لفظه.

فَرْعٌ: إذا حلف بعض الورثة فهل يقضى دين الميت جميعه مما يستحقه الحالف؟

قال ابن الصباغ: عندي أنه يبنى على يمين الغريم إن قلنا: يحلف إذا امتنع الورثة لم يلزم الحالف منهم إلا قدر حصته، وإن قلنا: لا يحلف الغريم فإن قلنا: إن الورثة يشاركون الحالف قضى جميع الدين منه، وإن قلنا: لا يشاركونه، بني على أن بعض الورثة إذا أقر بدين على مورثهم، فهل يلزمه جميع الدين؟ فيه قولان سبقا، قال: وإذا قلنا للغريم أن يحلف فحلف ثم أبرأ الميت من دينه رد المال إلى المدعى عليه دون الورثة، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: فإن حلفوا فأبروا الميت فأوجه: أحدها: لا يصح إلا بهبة محددة لورثته، والثاني: يجوز ويقر في يد المدعى عليه حتى يحلف الورثة، والثالث: فرد وكذا تركه الميت.

فَرْعٌ: ما سبق فيما إذا أقام بعض الورثة شاهدًا وحلف معه، أما لو أقاموا شاهدين يثبت المدعي، وإذا رجع الغائب وكمل الناقص أخذ نصيبه ولا حاجة إلى تجديد دعوى وإقامة البينة.

قال الرَّافِعِي: وليثبت القاضي نصيب الصبي والمجنون، أي: الدين لا ولي لهما غيره دينًا كان المدعى أو عينًا، ثم يأمر بالتصرف فيه بما يعطيه وينتزع نصيب الغائب، أي: الذي لا وكيل له حاضر إن كان المدعي عينًا احتياطًا له كيلا يضيع عين ماله الذي يشعر به إيراد الناقلين أن هذا الانتزاع واجب عليه وهو الظاهر، لكن ذكرنا في باب الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب ففي جواز قبوله وجهان فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هاهنا، وإن قامت البينة وكان المدعي دينًا ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين وحمله إلى القاضي هل على القاضي أن يستوفيه؟

....

وبينا في كتاب الوديعة أن أظهر الوجهين في هذه الصورة عدم الوجوب، وكذلك ذكره ابْن كَجٍّ فيما نحن فيه وحكاه عن النص.

قلت: وممن صححه الفارقي، قال صاحبه ابن أبي عصرون: هذا إذا كان من عليه الدين ثقة مليًا، فأما إذا كان بخلافه فالأخذ منه أولى؛ لأن الظاهر ما يقتضيه الحاكم، أي: القدر المأمون الحفظ والسلامة والظاهر مما على غير الثقة أو الملي، فوجب أن يختلف الحكم باختلافه، انتهى.

وسبق عن الْقَفَّال ما يعضده ويزيد عليه ويتنافى في مواضع اضطراب كلام الرَّافِعِي في هذه الصورة، وسوَّى الْبَغَوِي بين الصبي والغائب في العين والدين يقال: ينتزع العين لهما وفي الدين وجهان؛ لأن الذمة أحفظ والأشبه فعلى ما هو الأصلح للجميع الغائب والصبي والمجنون.

واعلم أنه قد سبق في كتاب التركة: إن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من التركة، ولو قبض شيئًا فشاركه الآخر فيه، وهاهنا قالوا يأخذ الحاضر نصيبه كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذرًا ومكنوا الحاضر من الانفراد حينئذ، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: لو ادعى رجل أن أباه أوصى ولفلان بكذا وأقام عليه شاهدين، وفلان غائب أو صبي لم يؤخذ نصيب فلان، وإذا حضر أو بلغ فعليه إعادة الدعوى والبينة لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث عن شخص واحد، انتهى.

ومراده أنه لا ينتزع نصيب فلان بمجرد إقامة الحاضر البينة الكاملة لا أنه يتعين تأخير الحال إلى بلوغ الصبي ونحوه، فلو اتفق تأخير الحال إلى بلوغه ورشده كان الحكم ما ذكره، أما لو ادعى وليه الوصية له، أو نصب الحاكم قيمًا فلا خفاء أنه يدعي في الحال، وينتزع نصيبه بل يجب على الحاكم أن ينصب من يدعي عنه، ويقيم البينة بذلك، أو يأذن الحاضر المدعي أن يدعي له لئلا يضيع حق الصبي بالتأخير والتعطيل كميراثه، وأما الغائب الكامل فإن ثبت قبوله فيشبه أن في انتزاع نصيبه ما سبق من التفصيل بين ما يخشى تلفه، وغيره والانتزاع هنا أولى.

وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلٍ كَزِنًا وَغَصْبٍ وَإِتْلَافٍ وَوِلَادَةٍ إِلَّا بِالْإِبْصَارِ.

فَرْعٌ: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين، قال الرَّافِعِي: إن قلنا الملك فيه للواقف، أو للموقوف عليه؛ فنعم، وإن قلنا لله تعالى فوجهان أو قولان:

أحدهما: وبه قال المُزَنِيّ وأبو إسحاق ورجحه العراقيون ونسبوه إلى عامة الأصحاب: إنه لا يثبت كالعتق.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج وأبو الطيب عن سلمة: يثبت؛ لأن استحقاق المنافع والعوائد، فأشبه منافع بدن الحر وليس كالعتق؛ لأن المقصود هنا تكميل الأحكام؛ ولأن الوقف لا ينفك عن أحكام الملك ألا ترى أنه إذا أتلف وجبت قيمته بخلاف العتق.

قال: وهذا أقوى في المعنى وهو المنصوص والأصح عند الإمام، وصاحب «التهذيب» وغيرهما، والمذكور في «الوجيز».

قلت: وقال في «شرحه الصغير»: أظهرهما: ثبوته ولم نرد.

وقال الْمحَامِلِيّ في «المقنع»: إنه الصحيح من المذهب، وهو يقدح في نسبة ترجيح الأولى إلى كل العراقيين، وكلام المَاوَرْدِي يقتضي ترجيحه.

وفي كتاب الوقف من المستظهري طريقة: أنا إذا قلنا: ينتقل إلى الله تعالى لم يقبل إلا شاهدان، وإن قلنا ينتقل إلى الموقوف عليه، فوجهان وهي شاذة ولا خلاف أنه لو ادعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار، وكانت لأبينا وقفها علينا، وأقاموا شاهدًا وحلفوا معه أنه يثبت الغصب بذلك، وكذا الوقف إن قلنا: يثبت بشاهد ويمين وإن قلنا: لا يثبت بذلك كان ثبوته في هذه الصورة بالإقرار.

قال: (**وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلٍ كَزِنًا وَغَصْبٍ وَإِتْلَافٍ وَوِلَادَةٍ إِلَّا بِالْإِبْصَارِ**) لأنه لا يصل به إلى العلم من أقصى جهاته، وما أمكن بيان ذلك لم يجز أن يعدل عنه إلى الأضعف، فلا يجوز بناء الشهادة فيه على السماع من الغير، ومن هذا القسم الرضاع والشرب والقتل والقطع والسرقة والإخبار والاصطياد وكون الشيء في يد الشخص.

وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمَّ، وَالْأَقْوَالُ كَعَقْدٍ يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا، ....

قال: (**وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمَّ**) أي: لحصول العلم له بالمشاهدة كالسميع وسكت عن الأخرس وفيه ما سبق.

قال: (**وَالْأَقْوَالُ كَعَقْدٍ يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا**) أي: وفسخ والغرض أن ما يحتاج إلى السماع والبصر معًا كالأقوال فلا بدّ من سماعها ومشاهدة قائلها سواء في ذلك العقود والفسوخ والإقرار بها وبغيرها فلا تقبل الشهادة بها من أصم لا يسمع شيئًا، ولا يكفي في هذا القسم التسامع؛ لأن ما أمكن إدراكه بعلم الحواس لم يجز أن يعمل فيه بالاستدلال المفضي إلى غالب الظن.

فَرْعٌ: لَوْ دَخَلَ رَجُلَانِ بَيْتًا لَا ثَالِثَ لَهُمَا فِيهِ وَقَدْ عَرَفَ ذَلِكَ شَخْصٌ وَجَلَسَ عَلَى بَابِهِ فَسَمِعَهُمَا عَقَدَا عَقْدًا.

قال ابن الرِّفْعَة: قال الْبَنْدَنِيجِي: قال أَصْحَابُنَا: يَصِيرُ مُتَحَمِّلًا لِلشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ يَقْطَعُ بِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْبَيْتِ سِوَاهُمَا.

قال الْبَنْدَنِيجِي: وَهَذَا عِنْدِي فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ إنْ وَقَعَ لَهُ أَنْ لَا أَحَدَ سِوَاهُمَا فَهُوَ لَا يَعْرِفُ الْبَائِعَ مِنْ الْمشتَرِي مِنْهُمَا، انتهى.

قلت: وقضية كلامه أنه لو عرف هذا من هذا أنه يصح التحمل بوفاقه، ويتصور ذلك أن يعرف أن المبيع ملك أحدهما كما لو كان الشاهد يسكن بيتًا ونحوه لأحدهما أو كان جاره فسمع أحدهما يقول: بعني بيتك الذي يسكنه فلان الشاهد أو الذي في جواره، أو علم أن القائل في زاوية والموجب في أخرى، أو كان واحد منهما في بيت بمفرده والشاهد جالسًا بين البيتين وغير ذلك، وفي معنى ذلك لو لم يكن بالبيت إلا واحد والشاهد على بابه فأقر بشيء وهو يسمعه ولا يراه ويعلم ألا أحد في البيت غيره، ولا سيما إذا استرعاه فإن سلم هذا استثنى من إطلاقهم صور كثيرة، وسبق في شهادة المختبئ ما قد ينازع في هذا، بل المفهوم من كلام كثيرين خلافه.

ثم رأيت ابن أبي الدَّم قال: اعْلَمْ أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ إنْ كَانَ مُدْرَكًا بِالسَّمْعِ كَالْأَقَارِيرِ وَالْعُقُودِ وَالْإِنْشَاءَاتِ الْقَوْلِيَّةِ، أَوْ بِالْبَصَرِ كَالْإِتْلَافَاتِ [كالقبوص،

وَلَا يُقْبَلُ أَعْمَى ....

وكذا وكذا] فَلَا بدّ فِي تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مِنْ مُشَاهَدَةِ الْمقِرِّ أَوْ الْقَابِلِ عَقْدًا أَوْ الْمُنْشِئِ إنْشَاءً [مِنْ الْإِنْشَاءَاتِ] أَوْ فَاعِلًا فِعْلًا مِنْ الْأَفْعَالِ الْمشَارِ إلَيْهَا بِحَاسَّتِهِ وَبَصَرِهِ، فَفِي الْأَقْوَالِ لَا بدَّ مِنْ مُشَاهَدَةِ الْقَائِلِ فِي حَالِ تَلَفُّظِهِ بِبَصَرِهِ وَسَمَاعِهِ مَا يَتَلَفَّظُ بِهِ، وَفِي الْأَفْعَالِ تَكْفِي مُشَاهَدَتُهُ فَاعِلًا كَذَا وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَنْ يَتَحَقَّقُ السَّامِعُ [كلام المقر] مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ، أَوْ مَنْ يَظُنُّ ذَلِكَ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الْمقِرِّ حَالَةَ إقْرَارِهِ بِحَاسَّةِ بَصَرِ السَّامِعِ، انتهى.

وكهذا قضية كلام الجمهور ومنهم الرَّافِعِي والمصنف، وقضيته أنه لا بد أن يشاهد تلفظه ببصره حين ينطق به حتى لو ولى الشاهد ظهره مثلًا ثم تكلم، وليس هناك غيره أنه لا يصح التحمل وهو بعيد، ولا يبعد حمل إطلاق الجمهور على الغالب وتخصيصه بغير الصور التي يحصل العلم فيها بصدور القول من قائله، وإن لم يعاين بلفظه بإقرار وغيره .

ثم رأيت الصَّيْمَرِيّ قال في «شرح الكفاية»: ولو دخل بيتًا ورأى شاهدان ألا رجل فيه غيره فغلق الباب فسمعاه يقر بإقرار سمعت شيخنا أبا الفياض لا يجوز أن يشهدا عليه، وإن وقع العلم لهما بذلك؛ لأن الشهادة عبادة، ووجدت في تعليق من أثق به من علماء أصحابنا البغداديين جواز الشهادة عليه بذلك، انتهى لفظه.

فثبت أن المسألة على وجهين لأصحابنا المتقدمين، وأن علة المنع التعبد، والمختار الجواز بالشرط الذي ذكرناه هو المذكور في «الشافي» ويؤيد الجواز مسألة ضبطه الأعمى كما سيأتي.

وعن «الْحَاوِي» تفصيل بين الحائل الكثيف والخفيف، وسنذكر عن «روضة الحكام» مزيد كلام.

قال: **(وَلَا يُقْبَلُ أَعْمَى)** لانسداد طريق المعرفة عليه مع اشتباه الأصوات وإمكان حكايتها، وأشار الرَّافِعِي جريان الوجه المحكي في قضاء الأعمى هنا وفيه نظر.

إِلَّا أَنْ يُقِرَّ فِي أُذُنِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفَيْ الِاسْمِ وَالنَّسَبِ، ....

قال: (**إِلَّا أَنْ يُقِرَّ فِي أُذُنِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: لحصول العلم بأنه المشهود عليه، فإن كان بمال فلا بدّ أن يكون المشهود له معروف الاسم والنسب، والثاني: المنع حسمًا للباب.

قال القاضي الحسين: ومحل الخلاف ما إذا جمعهما مكان خالٍ وألصق فاه بأذنه وضبطه كما تقدم فلو كان ثم جماعة وأقر في أذنه لم تقبل وكلام غيره ساكت عن هذا وفيه وقفة إذا ألقم فاه أذنه وتكلم ووضع الأعمى يده على رأسه حال إقراره ثم لم يرفعها عنه حتى شهد بإقراره.

قال: (**وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفَيْ الِاسْمِ وَالنَّسَبِ**) أي: وإلا لم يقبل؛ لأنه لا يمكنه تعيين المشهود عليه ولا الإشارة إلى المشهود له نعم لو شهد وهو بصير على رجل لا يعرفه إلا بعينه بقول أو فعل وأمسكه الشاهد ثم عمي الشاهد وجاء به إلى الحاكم فشهد عليه بما فعل، أو قال: قبلت شهادته وتسمع شهادته بالترجمة على الصحيح كما سبق.

فُرُوعٌ: لا تقبل شهادته على من ألفه وعرف صوته ضرورة ولم يتردد فيه.

قال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: واختار بعض أصحابنا قبول شهادته عليه أشار بذلك إلى ابن الصباغ فإنه أبداه لنفسه قال: لأنه يقين وذكره الْعِمْرَانِي عنه وسكت عليه.

قال صاحب «الذَّخَائِر»: ولم يذكره غيره وليس بصحيح.

قلت: نقله شُرَيْح الرُّويَانِي وجهًا عن رواية جده أبي العباس الرُّويَانِي، وحكى عن الـمُزَنِيّ وابن المنذر وخلائق من أهل العلم من خارج: قبول الشهادة اعتمادًا على الصوت ينبغي أنه لو شهد بإقرار زوجته بشيء في حال خلوتها أو على أبيه أو أمه أو ابنه، والحالة هذه بأن قال: سمعته منه في خلوة، وأن يقبل ويعرف كونه خاليًا به باعتراف الشهود عليه بخلوتها في الوقت الذي نسب الإقرار إليه، ونحن نقطع بأنه صادق في قوله: أقر عندي ابني

....

البارحة في جنح الليل ونحن خاليان أنه قتل زيد الفلاني عمدًا عدوانًا، أو أنه زنى، وبحق ذلك مع ما هو عليه من شدة المحبة والشفقة فرد شهادته المذكورة ونحوها جمود على غير مجمدٍ تقبل شهادته فيما يشهد به بالاستفاضة على الصحيح كما سيأتي.

ونسبه الشيخ أبو حامد والبندنيجي إلى جميع الأصحاب قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: وفيه نظر، وحكى الْبَنْدَنِيجِي عن الشيخ أبي حامد عدم السماع وذكره في «الشامل» عنه، وقال إنه أقيس على مذهب الشَّافِعِي ونقله في «الْبَحْر» عن غيره وقال إنه أصح عند عامة أصحابنا وعليه يدل النص، فإنه قال: لا تجوز شهادة الأعمى إلا أن يكون أثبت نسبًا معاينة وسمعًا أو نسبًا ثم عمي فيجوز فأخبر أنه إنما يشهد بالنسب إذا أثبته وهو بصير ثم عمي، انتهى.

وعجب نسبته ذلك إلى عامة الأصحاب والمشهور عنهم الأول.

قال الرَّافِعِي: في قبول شهادته فيما تجوز الشهادة بالاستفاضة والسماع وجهان.

قال ابن شُرَيْح: تقبل لأن الاعتماد فيه على السماع وهو فيه كالبصير والثاني: المنع؛ لأنه لا بد من شهادة المخبرين ومعرفة أحوالهم ليحصل العلم وصححه الرُّويَانِي، والأول جواب معظم الأصحاب إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعين وإشارة بأن يكون الرجل معروفًا باسمه ونسبه الأدنى، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى ككونه هاشميًا أو علويًا، فيشهد الأعمى بنسبه الأعلى، وصور أيضًا في النسب الأدنى بأن يصف الشخص فيقول: الذي اسمه كذا وكنيته كذا وسوقه ومصلاه وسكنه كذا فلان ابن فلان، ثم يقيم الرجل بينة أخرى بالصفات المذكورة.

قال: وصورته في الملك أن يشهد الأعمى في دار معروفة أنها لفلان ابن فلان ويمكن أن يقال: الوجه الذاهب إلى أنّ شهادته لا تقبل مخصوص بما إذا كان السماع من عدد لا يؤمن تواطؤهم كاثنين وثلاثة، فأما إذا حصل السماع

....

من الجمع الكبير فلا حاجة فيه إلى المشاهدة ومعرفة حال المخبرين، انتهى.

وأجاب القاضي أبو الطيب عن النظر الذي أبداه الْمحَامِلِيّ وشيخه لما سئل عنه في الدرس بأن كلام الأصحاب محمول على ما إذا سمع ذلك في دفعات وتكرر عليه مع قوم مختلفين في أزمان مختلفة حتى يصير لا شك فيه بكثرة تكراره على سمعه، ويصير بمنزلة النوائر عنده وأنه لا يجوز له التحمل إلا على هذا الوجه.

وفي «الْحَاوِي»: إن ما ذكره الأصحاب من سماع شهادته بالملك مفرع على أنه ليس من شرط الشهادة بالملك مشاهدة التصرف، بل يكفي استفاضة الخبر.

أما إذا قلنا: مفرع على أنه ليس من شرط الشهادة بالملك مشاهدة التصرف بل يكفي استفاضة الخبر، أما إذا قلنا لا بد من الشهادة بمشاهدة التصرف مع استفاضة الخبر، فلا تسمع عليه، وهذا ما أبداه القاضي احتمالًا لنفسه، وعليه ينطبق قول القاضي أبي الطيب وغيره كل ما شرطنا فيه البصر مجردًا أو البصر والسمع معًا، فإنه لا تقبل فيه شهادة الأعمى.

وقال الجرجاني في «الشافي»: وتصح شهادته على الأملاك إذا سمع الناس يقولون: الدار التي في محله كذا، ويذكرون حدودها لفلان ابن فلان، ولو سمعهم يقولون: هذا ملك فلان لم يصح تحمله لها؛ لأنه إشارة إلى ما لا يعلم إلا بالمشاهدة، ثم حكى وجه المنع مطلقًا، ويجري الخلاف كما قال المَاوَرْدِي فيما إذا شهد بالزوجية وسمعنا فيها شهادة البصير بالاستفاضة كما سيأتي.

ومأخذه أن مشاهدة الدخول والخروج شرط في هذه الشهادة أم لا.

وسقت في «الْغَنِيَّة» عبارات أخرى عن الأئمة وقلت في آخرها: ولا يخفى عليك مما سقناه ومما سيأتي في الكلام على ما يثبت بالاستفاضة ما يخالف الأعمى البصير في ذلك، وأنه ليس كالبصير مطلقًا كما يفهمه كثير من المتفقهة.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي: تجوز شهادة الأعور والأعمى والأعشى والأحول، فإن كان الأحول يرى الواحد اثنين لم تقبل شهادته في العدد وقبلت فيما سواه،

وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ، فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، ....

وأما من في بصره ضعف فإن كان يدرك الأشخاص ولا يعرف الصور لم تصح شهادته كالأعمى فيما يختص بالبصر، وإن كان يعرف الصور بعد المقاربة وشدة التأمل قبلت منه كالبصير.

قال: (**وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ، فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ**) أي: لحصول التمييز بذلك فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون اسم جده، وكان ما عرفه به لا يحصل به التعيين.

قال في «الْبَسِيط»: فلا ينبغي أن يعرفه بما يسمع من اسم جده إذا لم يكن عرفه به بل إن حصل التعريف بالقدر الذي عرفه به فذاك، وإن كان ذلك لا يكفي في التعيين فليسكت، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده.

قال في «الوسيط»: يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك جاز، وكان يجوز أن يقال: هذه شهادة على مجهول فلا يعتد بها كما ذكرنا في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا: إني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل وقد ذكر الشيخ أبو الفرج أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه لم يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد.

وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة، وبالجملة فلا يشهد ولا يجري على ما لا يعرفه لديه، انتهى.

ما كونه لا يشهد ولا يجري على ما لا يعرفه لديه فلا شك فيه بخلاف ما عليه جهلة الشهود وأمثالهم الحكام في هذه الأعصار.

وأما قول الرَّافِعِي: وكان يجوز أن يقال: إلى آخره، فذكره مستندًا إلى ما قدمه من بطلان الحكم وقد أوضحنا ما فيه هناك وأن المنصوص وقول

فَإِنْ جَهِلَهُمَا لَمْ يَشْهَدْ عَنَدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ.

الجمهور خلافه، وقول «الوسيط»: فإن عرفه القاضي بذلكم جاز، لا ينبغي أن يتردد فيه إذا كان الشاهد ممن يعرفه بذلك حق المعرفة كمعرفته له باسم أبيه وجده وجد أبيه مثلًا، وإنما يحسن التردد لو كان إنما يتميز باسمه واسم أبيه الشاهد دون القاضي، والذي يظهر أن القاضي يعتمد خبرة الشاهد ومعرفته بالمشهود عليه، وإن لم يسم جده وإلا فقد يذكر اسمه واسم أبيه وجده وزيادة ولا يعرفه القاضي بذلك ولاَ بغيره فلا يزداد بتسمية الجد شيئًا آخر، ولا سيما إذا كانت أسماؤهم مطروقة فكثير المسمين بها نفسًا وأبًا وجدًا، نعم لو نازع وارث الميت مثلًا في حصول مشاركة في ذلك فحكمه ما مر في القضاء على الغائب هذا ما ظننته في ذلك.

قال: (**فَإِنْ جَهِلَهُمَا**) أي: اسمه ونسبه.

(**لَمْ يَشْهَدْ عَنَدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ**) أي لعدم العلم بخلاف ما إذا كان حاضرًا وتحققه شهد على عينه بالإشارة إليه، قال الرَّافِعِي وغيره: وإذا مات المجهول أحضر ليشاهد صورته ويشهد على عينه، انتهى.

وهذا في الحاضر في البلد وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا أمن تغيره وانفجاره بإحضاره لقرب الموضع، أما لو خشي ذلك ولو حضر الشاهد موضعه لا من ذلك، والوجه حضور موضعه ولا ينقل منه، ثم إما أن يحضره القاضي ليشهد على عينه عنده أو سجلت من يقوم عنه بذلك، فإن دفن قال القاضي الحسين وأتباعه: فقد تعذرت الشهادة عليه وبه أجاب في «الوجيز» واستثنى في «الوسيط» ما إذا اشتدت الحاجة ولم يطل العهد بحيث يتعين النظر وهذا ما أبداه الإمام احتمالًا وتابعه في «الوسيط» ثم قالا: والأظهر ما ذكره القاضي.

قلت: وفي الجنائز عن القاضي ابْن كَجٍّ ما يوافق احتمال الإمام أو يؤيده ولا خفاء أن الصورة حيث لا يكون ما يقضي جواز نسبه كما بيناه هناك.

فُرُوعٌ: من لا يعرف اسم المشهود عليه ونسبه ليس له أن يعتمد قوله أنه فلان ابن فلان فيشهد على اسمه ونسبه بإخباره، ولا يجوز أن يكتب في

....

القبالة: أقر فلان ابن فلان أو باع أو اشترى ونحو ذلك كما يفعله غالب شهود العصر وقضاة البر، بل يكتب: حضر من ذكر أن اسمه فلان وأن اسم أبيه فلان إلى آخره.

وقد سُئِلَ الْقَفَّال هل يجوز أن يكتب فلان ابن فلان وإن خلاه؟ فقال: لا يجوز ويكون كذبًا، بل يكتب: جاءني رجل حليته كذا وذكر أنه فلان ابن فلان، نعم لو تحمل الشهادة وهو لا يعرف اسمه ونسبه، ثم أنه سمع الناس من بعد يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاض عنه ذلك فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه، ويكون كما لو عرفها عند التحمل كذا نقله الرَّافِعِي، ولفظ الْقَفَّال: إلا أن يكون قد شاهد ذلك الرجل بعد مدة مديدة وتسامع الناس يقولون: إنه فلان ابن فلان، وهو عند ذلك ممن يثبته بعينه أنه الذي تحمل شهادته، فحينئذ إذا عرف اسمه ونسبه يجوز له أن يشهد عليه بعد موته وغيبته كما لو كان عارفًا باسمه ونسبه يوم تحمل الشهادة، وإن استشهد عليه بعينه ولم يعرف اسمه ونسبه لكن يثبته بذاته، ويتحقق أنه ذلك الرجل فيسعه أن يشهد على عينه، انتهى.

أي: فإن تردد فيه لم يشهد، وإن غلب على ظنه أنه هو لو قال: عدلان عند التحمل أو بعده: إنه فلان ابن فلان، قال الشيخ أبو حامد ومن تبعه: له أن يعتمد عليه ويشهد على اسمه ونسبه وهذا مبني على الاكتفاء بالتسامع من عدلين وسيأتي بيانه.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو أخبره ألف رجل أنه فلان ابن فلان لا يجوز أن يشهد أنه فلان ابن فلان، بل يحتاج أن يسمع زمانًا أنه فلان ابن فلان كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه وأخرى على اسمه ونسبه، فكذلك المشهود له فتارة يشهد أنه أقر لهذا وتارة أنه أقر لفلان ابن فلان، وكذلك عند غيبة المشهود عليه قاله الرَّافِعِي.

وقضية التسوية بينهما.

وقال الماوردي: كمال المعرفة بعينه واسمه، فإن عرفه بعينه فقط جاز في

....

الحاضر فقط، وإن عرفه باسمه ونسبه ولم يعرفه بعينه جاز في المشهود له ولم يجز في المشهود عليه وسنعيد كلامه قريبًا إذا شهد أن لهذا على فلان ابن فلان الفلاني كذا فقال الخصم: لست فلان ابن فلان الفلاني، ففي «فتاوى» الْقَفَّال: إن على المدعي البينة على أن اسمه ونسبه ما ذكره، فإن لم يكن لم بينة حلفه، فإن نكل حلف واستحق، وإن سلم ذلك الاسم وادعى أن هناك من يشاركه فيهما لم تقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه، فإن أقامها احتاج المدعي إلى إثبات زيادة يمتاز بها المدعى عليه عن الآخر.

قال الرَّافِعِي: ولكن التصوير فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا واسمه ونسبه كذا أو أنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا وهو هذا الحاضر، وأقام البينة على الاستحقاق على فلان ابن فلان فنستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف بذلك الاسم والنسب أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أنكر، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بالحاضر، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال قبل هذه الصورة: إنه لو كان عنده شهادة على زيد بن عبد الله الصباغ، وكان الشاهد يعرف هناك من يسمى بزيد بن عبد الله الصباغ فشهد عليه في غيبته أو بعد موته أن لهذا على زيد بن عبد الله الصباغ، كذا فإن ادعى ورثته أن هاهنا آخر بهذا الاسم والمال عليه، فعلى الشهود أن يأتوا بما يكون تمييزًا، وكذلك لو كان عندهم شهادة لزيد بن عبد الله الصباغ فقال المشهود عليه: ليس هو لهذا إنما هو لآخر، فعلى الشهود أن يأتوا بما يكون تمييزًا، انتهى.

وبقي من هذا النوع فروع أوردتها في «الْغَنِيَّة».

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي: لو شهدا أن فلان ابن فلان وكل فلان ابن فلان هذا فهل تكون الشهادة بالوكالة موجبة للشهادة بنسبهما؟

اختلف فيه فقصرها مالك على الوكالة دون النسب اعتبارًا بالمقصود منها،

....

وعلى مذهب الشَّافِعِي تكون شهادة بالوكالة وبالنسب جميعًا، وإن كان المقصود بها الوكالة دون النسب؛ لأن الشهادة توجب إثبات ما تضمنه من مقصود وغير مقصود كمن شهد بثمن مبيع وصداق في نكاح كان شاهدًا بالبيع والنكاح وإن قصد بها الثمن والصداق، انتهى.

ويتعين أن يكون الفرض فيمن يعلم أن الشاهد يعرفه ويعرف نسبه، وإلا فغالب من يتحمل في عصرنا إنما واعتمدتم في الاسم والنسب على قول المشهود له والمشهود عليه.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي كما سبق: لا يجوز أداء الشهادة على من لا يعرفه، ولمن لا يعرفه كما لو جهل المشهود به، وَكَمَالُ الْمعرِفَةِ أَنْ يَعْرِفَهُ بِعَيْنِهِ وَاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، فَإِنْ عَرَفَهُ بِعَيْنِهِ دُونَ اسْمِهِ وَنَسَبِهِ جَازَ فِي الْحَاضِرِ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الْغَائِبِ، وَإِنْ عَرَفَهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، وَلَمْ يَعْرِفْهُ بِعَيْنِهِ جَازَ فِي الْمَشْهُودِ لَهُ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا لِغَائِبٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا عَلَى غَائِبٍ.

[فَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ](١) عَمَّنْ لَا يَعْرِفُهُ، وَلِمَنْ لَا يَعْرِفُهُ، فَقَدِ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي جَوَازِهِ، فَمَنَعَ مِنْهُ قَوْمٌ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ [بِالشَّهَادَةِ أَدَاؤُهَا](٢) وَمَعَ الْجَهَالَةِ لَا تَصِحُّ، فَصَارَ الشَّاهِدُ غَارًّا.

وقال قوم: يكلف المقر أن يأتيه من يعرفه، ثم يشهد عليه بعد التعريف لا قبله، والذي عليه جمهور الجواز إذا أثبت صورتيهما وتحقق شخصيهما، وإن لم يرهما قبل الشهادة، فإن أراد أداءها وعرف شخصاهما بأعيانهما صح الأداء، وإن خفت عليه أشخاصهما واشتبهت عليه أعيانهما لم يجز له إقامتها، وأما تحلية المشهود عليه المجهول فأوجبها قوم؛ لأنها تؤدي إلى المعرفة ومنعها آخرون؛ لأن الحلي تشتبه.

---

(١) في نسخة: (وإن أراد التحمل).
(٢) في نسخة: (الأداء).

وَلَا يَصِحُّ تَحَمُّلُ شَهَادَةٍ عَلَى مُتَنَقِّبَةٍ اعْتِمَادًا عَلَى صَوْتِهَا، فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا

وقال الجمهور: هي استظهار باعث على التذكر كالخط يراد ليذكر الشهادة ولا يعول عليه في الأداء، وما ذكره في غاية الحسن والفقه كما قاله ابن أبي الدَّم وسيأتي إن شاء الله الكلام في «الحلية» وما فيه التحلية.

فَرْعٌ: قال الجرجاني في «الشافي»: إذا لم يعرف من يشهد عليه يعرف ممن يثق إليه ممن يعرفه ويعلم شهادته علامة تدل على من عرفه بحيث لا توقف عليه، ويقرأ الكتاب على المتعاقدين أو يقرأه غيره عليهما، وهو ينظر فيه ولا يزايله إلى أن تثبت شهادته؛ لئلا يزاد عليه لو تبدل بغيره، ويتأمل ظاهر الكتاب وباطنه؛ لئلا يكون مطبقًا فيقطع ويكتب غيره ويتأمل السطور؛ لئلا يكتب في خلالها غيرها، ويتأمل غلط الورقة ورقتها؛ لئلا تحك وتلصق غيره عليه، ويعلم مواضع الوصل، ويكتب بخطه من غير استرسال، وإن نسخ الشهادات عنده ليرجع إليها وقت الحاجة كان أولى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَحَمُّلُ شَهَادَةٍ عَلَى مُتَنَقِّبَةٍ اعْتِمَادًا عَلَى صَوْتِهَا**) أي: فقط؛ لأن الأصوات تتشابه كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى الشهادة على الصوت وكذا البصير في ظلمة ومن وراء حائل صفيق، وفي الحائل الرقيق وجهان مذكوران في «العدة» أصحهما الجواز؛ لأنه لا يمنع الشاهد، هذا ما أورده الرَّافِعِي، وحكى المَاوَرْدِي الوجهين فيما إذا كان العاقد أو المقر وراء ثوب خفيف مشف:

أحدهما: جواز التحمل؛ لأنه لا يمنع من مشاهدة ما وراءه.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الاشتباه معه يجوز.

وسبق نقل اختلاف الأصحاب في جواز التحمل بالسماع من وراء حائل كثيف كالباب إذا أحاط الشاهد علمًا بأنه ليس هناك غير المشهود عليه وأمن الاشتباه نعم لو تحقق صوتها من وراء النقاب الكثيف، وليس ثم غيرها ولازمها حتى أدى على عينها، فالظاهر صحة التحمل والأداء كضبط الأعمى وأولى، ثم رأيت الرَّافِعِي أشار إلى ذلك كما سيأتي.

قال: (**فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا**) أي: فقط.

أَوْ بِاسْمٍ وَنَسَبٍ جَازَ، وَيَشْهَدُ عِنْدَ الْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ، ....

(أَوْ بِاسْمٍ وَنَسَبٍ جَازَ) أي: التحمل عليها ولا يضر النقاب.

(وَيَشْهَدُ عِنْدَ الْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ) قال ابن الرِّفْعَة: وظاهر كلام الغزالي وإمامه يقتضي منع التحمل على المرأة المنتقبة مطلقًا.

وقال في «الْحَاوِي» و«العدة»: إن هذا مخصوص بما إذا لم يعرفها الشاهد فيه، فإن عرفها منتقبة لم تكشفه، فإن قلت: حكيا في جواز التحمل من وراء ثوب خفيف مشف وجهين وهذه الصورة أولى بجريان الوجهين؛ لأن البشرة مشاهدة وليست هنا كذلك.

قلت: والفرق أن البشرة ثم وإن شوهدت فمن وراء حائل لا يمنع الاشتباه، وهذه المنقبة بعض وجهها مكشوف وهو المعتمد في المعرفة ولا اشتباه معه، انتهى.

وفي جوابه نظر وإنما هذه المنقبة معروفة له يأمن اشتباهها بخلاف تلك، وما اقتضاه كلام الغزالي وإمامه هو قضية إطلاق كثيرين، وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو أراد التحمل على امرأة في إقرار أو بيع ونحو ذلك لم يجز إلا بعد أن يرى وجهها ولا يكفي رؤيتها قبله، انتهى.

والظاهر أنه يجري في المنتقبة المعروفة للشاهد خلاف لما سبق عن أبي الفياض من أن رؤية المشهود عليه بعيد وأن يحققه من وراء الحائل، وأيضًا فقد تستر المنقبة وجهها بالنقاب بحيث لا يرى منها إلا عينيها فقط، بل هو الغالب من الخفرات والأعين يشبه كثيرًا بخلاف الصور.

فَرْعٌ: إذا لم يعرفها الشاهد، قال الرَّافِعِي وغيره: فتكشف وجهها ليراها الشاهد ويضبط حليها وصورتها ليتمكن من أداء الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء، ويكشف وجهها حينئذ فظاهره أنه لا بد من كشف جميع وجهها، وسبق في كتاب النكاح عن «الْبَحْر»: إنه يجوز استيعاب وجهها بالنظر للشهادة عند جمهور الفقهاء.

وقال المَاوَرْدِي: الصحيح أنه ينظر إلى ما يعرفها به، فإن عرفها بنظره إلى

وَلَا يَجُوزُ التَّحَمُّلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ، ....

بعضه لم يتجاوزه ولا يزيد على مرة إلا ألا يتحققها بها.

وعن الصَّيْمَرِيّ أنه لو نظر أكثره وسمع كلامها جاز وهذا كله إذا لم يخف فتنة، فإن خاف لم ينظر إلى أن يتعين عليه الشهادة فينظر بعد ضبط نفسه.

وقال المَاوَرْدِي هنا: وَإِذَا جَازَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا لِيَعْرِفَهَا فِي الشَّهَادَةِ [النظر إلى المرأة الأجنبية] لَهَا وَعَلَيْهَا، فَقَدِ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيمَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ وَجْهِهَا، فَالَّذِي عَلَيْهِ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى جَمِيعِ وَجْهِهَا؛ لِأَنَّ جَمِيعَهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ.

وَاخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِهَذَا فِي جَوَازِ النَّظَرِ إِلَى كَفَّيْهَا، فَجَوَّزَهُ بَعْضُهُمْ تَعْلِيلًا بِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ، وَمَنَعَ مِنْهُ أَكْثَرُهُمْ؛ لِاخْتِصَاصِ الْمعرِفَةِ بِالْوَجْهِ دُونَ الْكَفَّيْنِ.

وقال آخَرُونَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى جَمِيعِ وَجْهِهَا، وَيَنْظُرُ مِنْهُ إِلَى مَا يَعْرِفُهَا بِهِ.

وقال آخَرُونَ: إِنْ كَانَتْ شَابَّةً نَظَرَ إِلَى بَعْضِ وَجْهِهَا، وَإِنْ كَانَتْ عَجُوزًا نَظَرَ إِلَى جَمِيعِهِ، وقال آخَرُونَ: إِنْ كَانَتْ ذَاتَ جَمَالٍ نَظَرَ إِلَى بَعْضِهِ، [وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ ذَاتِ جَمَالٍ نَظَرَ إِلَى جَمِيعِهِ تَحَرُّزًا مِنَ الِافْتِتَانِ بِذَاتِ الْجَمَالِ].

وَالصَّحِيحُ مِنِ اخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَقَاوِيلِ أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَعْرِفُهَا بِهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُهَا إِلَّا بِالنَّظَرِ إِلَى جَمِيعِ وَجْهِهَا جَازَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِهِ، وَإِنْ كَانَ يَعْرِفُهَا بِالنَّظَرِ إِلَى بَعْضِ وَجْهِهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهُ إِلَى غَيْرِهِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى النَّظْرَةِ الْوَاحِدَةِ إِلَّا أَنْ لَا يَتَحَقَّقَ إِثْبَاتُهَا إِلَّا بِنَظْرَةٍ ثَانِيَةٍ، فَيَجُوزُ لَهُ النَّظْرَةُ الثَّانِيَةُ، وَمَتَى خَافَ إِثَارَةَ الشَّهْوَةِ بِالنَّظَرِ كَفَّ، وَلَمْ يَشْهَدْ إِلَّا فِي مُتَعَيَّنٍ عَلَيْهِ بَعْدَ ضَبْطِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي نِقَابٍ عَرَفَهَا فِيهِ لَمْ تَكْشِفْهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا فِيهِ كَشَفَتْ مِنْهُ مَا يَعْرِفُهَا بِهِ، وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَعْرِفَةِ الْكَلَامِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُشْتَبَهُ، انتهى.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ التَّحَمُّلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ**) أي: وما أورده الأكثرون، وقوله: عدل أو عدلان، أي: مثلًا، وسبق عن الْقَفَّال: إنهم لو كانوا ألفًا لم يجز التحمل إلا أن يشهد على شهادتهم شهادة الفرع على الأصل.

وَالْعَمَلُ عَلَى خِلَافِهِ، ....

قال: (وَالْعَمَلُ عَلَى خِلَافِهِ) وهو التحمل عليها بتعريف من ذكره.

قال الرَّافِعِي بعد نقله عن الجمهور: المنع وراءه وجوه:

أحدها: عن الشيخ أبي محمد أنه يكفي معرف واحد سلوكًا مسلك الإخبار وعليه جرى جماعة من المتأخرين منهم القاضي شُرَيْح الرُّويَانِي.

قلت: ومنهم الدَّارِمِي في «استذكاره» وهو متقدم، ولم أرَ ما نسبه إلى شُرَيْح في «روضة الحكام».

والثاني: أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين: إنها فلانة بنت فلان، فيشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد، قبلت على جواز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين.

والثالث: عن الإصطخري أنه إذا كان يعرف نسبها ولا يعرف عينها، فدخل دارها وفيها عشر نسوة سواها، فقال: لابنها الصغير أيهن أمك؟ أو لجاريتها أيهن سيدتك؟ فأشار إلى امرأة فسمع إقرارها جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا حكاه ابْن كَجٍّ، ولم يقم قول شاهدين على قول الاصطخري مقام إخبار الصغير والجارية، وادعى أنه أشد وقعًا في القلب وأثبت، قلت: وقريب منه اعتماد الديك المجرب في دخول الوقت دون المؤذن.

تنبيهات وتتمات:

منها: قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول ما ينبغي أن يتوقف جواز التحمل على الوجه ولا على المعرف؛ لأن حضور المرأة أو شخص تحت النقاب وإقراره متيقن، فإذا رفعت المرأة إلى القاضي والمتحمل تلازمها يتمكن من الشهادة على عينها فإقرارها بكذا وهو نظير مسألة الضبطة في شهادة الأعمى، وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم والتسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يعتبر في التسامع طول المدة كما سيأتي، فيخبرون عن اسمها ونسبها فيتمكن من الشهادة ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا فأقرت لفلان بكذا وشهد عدلان

....

أن المرأة المحضرة يومئذ في ذلك المكان كانت هذه ثبت الحق بالبينتين أليس لو قامت بينة على أن فلان ابن فلان أقر بكذا وقامت أخرى على أن هذا الحاضر هو فلان ابن فلان ثبت الحق فما الفرق بين تعريف المشهود عليه المطلق باسم ونسب وبين تعريفه بزمان ومكان، وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد وجب أن يجوز مطلقًا، ثم إن لم يعرض ما يفيد جواز الشهادة على العين أو على الاسم والنسب أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات فذاك شيء آخر، وتبعه في «الرَّوْضَة».

قال ابن الرِّفْعَة: وما ذكره فقه لا ينكره ذو فطنة، لكن مراد الأصحاب بأنه لا يجوز التحمل على المنتقبة ليؤدي ما تحمله اعتمادًا على معرفة صوتها كما أشار إليه الرُّويَانِي في بعض كلامه، انتهى.

وإليه يرشد قول المَاوَرْدِي، ولا يعول على الكلام؛ لأنه قد يشتبه، وقد يقال: إن التحمل كان فاسدًا للجهالة كما سبق عن «تعليق» الْبَغَوِي فلا يصح الأداء المستند إليه، وإن شهد عدلان عند الأداء أن هذه تلك.

ومنها: قال شُرَيْح الرُّويَانِي: إذا سمع إقرارها منتقبة وعرف أنها فلانة جاز، وأن يشهد على إقرارها، وهل يسأل الحاكم الشاهد أنه رآها سافرة أم لا؟ فيه وجهان، وقيل: إن كان في موضع ريبة وإلا لم يسأله.

قلت: وهذا التفصيل متعين، ومن مواضع الريبة أن يكون الشاهد جاهلًا، أو ممن يرى جواز الشهادة على الصوت فيجب الاستفسار.

ومنها: سبق كلامهم في المقر في خلوة وتحقق من يسمعه ولم يره أن ليس ثم غيره، وودعنا بزيادة نقل فيه.

قال شُرَيْح: قال الشَّافِعِي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ: لا يجوز أن يشهد على إقرار من لا يراه بالصوت؛ لأنه قد يشتبه، قال جدي: وقد قيل: إنه لو تيقن حقيقة أنه صوت فلان جاز له أن يشهد عليه إلا أنه يقول بين يدي الحاكم: إني سمعت صوته ولم أره، قال: وقد قيل: إذا سمع صوت رجل من داره فدخلها ورآه

....

هناك، أي: بمفرده فله أن يشهد عليه.

قال: وقد قيل فيه وجهان مبنيان على قبول شهادة الأعمى في مسألة الضبطة، وفيها وجهان، وكذا إذا أشهد رجل رجلًا على كتاب مختوم، وقال اشهد بما فيه، فهل يجوز ذلك؟ وجهان، انتهى.

ومنها: قال في «الْبَسِيط»: قال القاضي ـ يعني الحسين: أقرت امرأة في مجلسي فطلب الخصم التسجيل، وزعم أنها فلانة بنت فلان وما كنت عرفتها بنسبها ولم يسغ لي أن أقبل قولها في نسبها، ولا أن أسمع بينة على نسبها دون تقدم دعوى فنصبت قيمًا فادعى أن على أبيها فلان ابن فلان مالًا فأنكرت أنها ابنته فأقام الخصم بينة على أنها بنت فلان فسمعت البينة وسجلت على إقرارها، فقال بعض المحصلين: هل يجوز مثل هذه الحيلة للقاضي؟ فقال: كيف لا، وذكر حديث عامل خيبر وقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا﴾ [ص: ٤٤].

قال الغزالي: وفيما ذكره إشكال من وجهين:

أحدهما: إن هذا لو تنبه الخصم له ووكلاء المجلس فينصبوا القيم، فلا ينبغي للقاضي أن يتفحص عن مقصودهم، فأما القاضي فكيف ينصب قيمًا ليدعي كاذبًا وهو عالم بكذبه والدعوى المعلوم كذبها كلا دعوى، ولا حكم لبينته تترتب عليها.

والآخر: إن ذلك إنما يستقيم إذا أنكرت المرأة النسب، فإذا أقرت فكيف أقيمت البينة عليها بعد أن أقرت بعينها، وقد قال القاضي: أقرت عندي أولًا، نعم لو أنكرت والتمس الخصم الحكم على نسبها بعد تعلق الدعوى بعينها لإحكام الحجة، فهذا محل النظر، انتهى.

وهذا الاعتراض أخذه الغزالي من إمامه وزاد عليه وكان الكلام بناء على ما اختاره من أن الشهادة بالنسب لا تقبل حسبة، بل لا بد من تقدم دعوى واستشهاد كما قاله جماعة من المراوزة والمشهور خلافه، والمحصل الذي اتهمه الغزالي هو إبراهيم المروزي كما ذكره في «تعليقه».

وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقٍّ فَطَلَبَ الْمُدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَّلَ الْقَاضِي بِالْحِلْيَةِ لَا بِالِاسْمِ وَالنَّسَبِ، مَا لَمْ يَثْبُتَا، ....

قال: (**وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقٍّ فَطَلَبَ الْمدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَّلَ الْقَاضِي بِالْحِلْيَةِ لَا بِالِاسْمِ وَالنَّسَبِ مَا لَمْ يَثْبُتَا**) أي: ولا يكفي فيهما قول المدعي ولا إقرار الخصم، فإن نسبه لا يثبت بإقراره.

قال الرَّافِعِي: والتسجيل على العين ممتنع فلو قامت بينة على نسبه على سبيل الحسبة بنى على قبولها في النسب إن قبلناها أثبت القاضي النسب وسجل وإلا فهو اختيار القاضي الحسين، ثم ساق ما سبق عنه واعتراض الإمام عليه، واعلم أني ذكرت في أدب القضاء من «الْغَنِيَّة» في التسجيل على الحلية إشكالًا بينًا وكلامًا شافيًا يتعين الوقوف عليه.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنهم لو شهدوا على امرأة باسمها ونسبها، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها صحت شهادتهم، فإن سألهم القاضي هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، وأن يقولوا: لا يلزمنا الجواب عن هذا، وسبق في القضاء ما يخرج منه خلاف في وجوب الجواب.

وقال الرُّويَانِي: أظهر الاحتمالين عدم القول فيما إذا شهد على امرأة، ولم يذكر أنه رآها سافرة عن وجهها، وسبق عن قرينة شُرَيْح الرُّويَانِي ثلاثة أوجه في أن الحاكم هل يسأله أنه رآها سافرة أم لا؟ والاستفصال عند الريبة متعين.

فرع وعدنا به: قال المَاوَرْدِي: الحقوق المقر بها ثلاثة أضرب:

أحدها: لا يحتاج فيه إلى التحلية كالوصايا، وما لا يلزم من العقود.

والثاني: ما يحتاج إليها وهو الديون والبراءة والحقوق المؤجلة.

والثالث: ما لم يجر العُرف فيه، وإن جازت وهي عقود البياعات المتاجرة والمناكحات والوكالات، وأما ما يجوز أن يحلى به المقر فقد حده قوم بأنه ما يجوز أن يستدل به القاضي في إلحاق النسب، ومنعوا التحلية بما يجوز أن يحدث من آثار وجراح أو يمكن أن يغير ويتغير من تثييب وشباب، وحده آخرون بكل ما اشتهر به من أوصافه، ومنعوا تحليته بما لم يشتهر به، وقال

وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبٍ أَوْ قَبِيلَةٍ، ....

الجمهور: التحلية تكون بكل ما دل على المحلى من أوصافه الظاهرة دون الباطنة، فمنها الطول والقصر، واللون من بياض أو سواد أو سمرة، ومنها السمن والهزال، ومنها الكلام كاللثغة والفأفأة والتمتمة والرتة والردة، وما في اللسان من العجلة والثقل، ومنها ما في العين من الكحلة والشهلة والشكلة، قيل: الشكلة كهيئة الحمرة في بياض العين، والشهلة: كهيئة الحمرة في سواد العين، ومنها الشعر في العجودة والبسوطة والصهوبة وقيل: لا يحلى به؛ لأنه قد يجعد البسط ويبسط الجعد، وهذا ليس بشيء، ومنها سواد الشعر وبياضه، وقيل: لا يحلى به لما تقدم وليس بشيء لظهور ذلك للمتأمل.

واختلف في جواز التحلية بالضم، فجوزه قوم ومنعه آخرون؛ لأنه قد يكون من مرض فيزول، وأما التحلية بالأسنان فيجوز بما ظهر من الثنايا والأنياب لا بما يظن من الأضراس، وتجوز التحلية بالجراح والشجاج والآثار اللازمة لا بالثياب واللباس، وتجوز تحلية النساء بما في وجوههن وبما يظهر من طول وقصر وهزال وسمن، ويجوز تحلية المشهود له أيضًا.

قلت: والغرض بإثبات الحلية الاستعانة بها على التذكر للمجهول، وينبغي للشاهد أن يثبت عنده ذلك والتاريخ وموضع التحمل، ومن كان معه حينئذ ونحو ذلك.

قال ابن أبي الدَّم: وأما شهادة الشاهد على من لا يعرفه اعتمادًا على حليته وصفته كما يفعله كثيرون من جهلة الشهود حتى أنهم يؤدونها على المشهود عليه في غيبته أو موته فهذا لا يجوز قولًا واحدًا لا أعرف فيه خلافًا، انتهى.

ويشهدون عليه مع عدم التحلية غائبًا وميتًا مع الجهل به من كل وجه اعتمادًا على رسم شهادتهم التي يحضرها المدعي على طول الزمان ويحكم بها أمثالهم من القضاة.

قال: **(وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبٍ أَوْ قَبِيلَةٍ)** أي: بأن يشهد أن هذا فلان ابن فلان أو هذه بنت فلان إذا عرفها بعينها أو أنهما من قبيلة كذا؛

....

لأنه لا يتدخل للرؤية فيه غاية الممكن رؤية الولادة على الفراش، لكن النسب إلى الأجداد المتوفين والقبائل القديمة لا يتحقق فيه الرؤية، ومعرفة القرائن فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع فيه.

قال ابن المنذر: أما الشهادة على النسب المشهور، أي: بالتسامع فأمر لا أعلم أحدًا من أهل العلم منع منه .

واعلم أن كلام الرَّافِعِي وغيره يقتضي التسوية فيما ذكرناه بين الشهادة بنسب الرجل ونسب المرأة، وأن ما كفى الاستناد إليه في الشهادة له بالنسب كفى في الشهادة لها به، وكلام المَاوَرْدِي يقتضي أن الأمر في الشهادة بنسبها أشد حيث قال: إن الشهادة في نسب المرأة أغلظها في نسب الرجل لبروزه وخفرها، وإباحة نظره دونها فصارت بهذين الأمرين أغلظ فاحتاج العلم بنسبها إلى أمرين:

أحدهما: معرفة عينها على وجه مباح وبين له وجوهًا ظاهرة.

والثاني: أن يحتاج بعد معرفة عينها في معرفة نسبها إلى الخبر المتظاهر بأن فلانة هذه بعينها هي ابنة فلان ابن فلان، وتكون معرفة المخبر بنسبها لعينها كمثل معرفته، ثم ينظر في تظاهر الخبر، فإن كان رجالًا ونساء وصغارًا وكبارًا وأحرارًا وعبيدًا فهو الأوكد في تظاهر الخبر ببينتها، وإن تفرد به النساء والعبيد صح بهم بظاهر الخبر لقبول خبرهم، وإن انفرد به الصبيان مع اختلاف أحوالهم وشواهد الحال بانتفاء التصنع والمواطأة منهم احتمل صحة تظاهرهم به وجهين: وجه المنع: أن أخبار آحادهم غير مقبولة، ووجه الصحة: أن أخبار آحادهم قد تقبل في الإذن وقبول الهدية؛ ولأنه أبعد من التصنع والتهمة، انتهى وسيأتي كلامه في الرجل.

وقال الرَّافِعِي: وذكر الشَّافِعِي والأصحاب في صفة التسامع أنه ينبغي أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه إلى ذلك الرجل أو القبيلة ويسمع الناس ينسبونه إليه، وهل يعتبر فيهما التكرار وامتداد مدة السماع، قال كثيرون: نعم فالنظر حينئذ يتأكد، وبهذا أجاب الصَّيْمَرِيّ.

....

وقال آخرون: لا بل لو سمع انتساب الشخص وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم فأخبروه بنسبه دفعة واحدة جاز له الشهادة، وهذا ما رأى القاضي ابْن كَجٍّ القطع به وبه أجاب الْبَغَوِي في انتسابه بنفسه، انتهى.

وقال في «شرحه الصغير» اعتبر بعضهم فيهما التكرار وامتداد المدة، ولم يعتبرهما آخرون.

قلت: والصحيح المختار اعتبار التكرار وعليه اقتصر الرُّويَانِي، وقال في «الْبَحْر»: قال الشَّافِعِي: وتسعه الشهادة على النسب إذا سمعه زمانًا ينسب إلى نسب وينسبه غيره إلى ذلك النسب ولم يسمع دافعًا ولا دلالة يرتاب بها فهذه شروط أربعة:

١- طول الزمان في انتسابه إلى ذلك النسب.

٢- ونسب غيره إياه إليه.

٣- وعدم الدافع.

٤- وعدم الأدلة التي هي سبب الريبة. وكذا قال الـمَاوَرْدِي: إن النسب يثبت بسماع الخبر الشائع الخارج إلى حد الاستفاضة في أوقات مختلفة، وأحوال متباينة من مدح وذم وسخط ورضى يسمع الناس فيها على اختلافهم يقولون: هذا فلان ابن فلان فيخصونه بالنسب إلى أب أدنى أو يعمونه بنسب أعلى فيقولون: هذا من بني هاشم من بني أمية، وسيأتي باقي كلامه، وإذا قلنا بالصحيح المنصوص فليست المدة محددة على الصحيح، بل الغرض كما قال الرَّافِعِي ظهور الحال للسامع ويحلف الحال تعدد المخبرين وقوتهم وضعفهم، وفي وجه هي محدودة بسنة.

قال: ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس ألا يعارضهما ما يورث التهمة والريبة، فلو كان المنسوب إليه حيًا وأنكر لم تجز الشهادة والمجنون كالميت وقيل لا؛ لأنه قد يفيق فينكر، وينبغي جريان الخلاف في أخرس لا إشارة له، وطعن من طعن من الناس في ذلك الانتساب والنسب، وإن كان

وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصَحِّ، وَمَوْتٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

فاسقًا كما صرح به الأصحاب فيه وجهان: أصحهما في «الرَّوْضَة»: إنه يمنع؛ لاختلال الطعن وهو قضية النص السابق.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو أراد أن يشهد أن فلانًا حر الأصل لم يسعه الأداء ما لم يكن عرفه أباه وأماه حرين بأن رأى في بلد رجلًا تزوج بحرة فحدث بينهما ولد فهو حر، وإن لم يشاهد الولادة فيسعه أن يشهد بأن هذا حر الأصل كما يسعه أن يشهد أن هذا ابن فلان إذا حدث بينهما ولد، فأما إن كان رجلًا غريبًا دخل بلدًا وأقام به سنين، ولم يعرف في الأصل أن أبويه كانا رقيقين أو حرين، فإنه لا يجوز له أن يشهد أن هذا ابن فلان إذا وقع له العلم بتظاهر الإجبار.

قال: **(وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصَحِّ)** اعلم أن هذين الوجهين ذكرهما الْقَفَّال في «الفتاوى» وبناهما على أن المرأة هل لها دعواه؟ إن قلنا: لا؛ لأنه يمكنها إقامة البينة على الولادة لم يجز أن يشهدوا، وإن قلنا: لها دعواه فهاهنا تجوز الشهادة بالتسامع، ونقل الإمام الوجهين، وأشار إلى البناء المذكور بقوله: وهذا الخلاف قريب المأخذ من تردد الأئمة في أن المرأة إذا ادعت مولودًا فهل تثبت الأمومة بالدعوى المجردة كما تثبت الأبوة، وتبعه في «الْبَسِيط» وأرسل الْبَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق» وصاحب «الْكَافِي» الوجهين بلا ترجيح، ولم يصرح الرَّافِعِي في «شرحيه» بترجيح بل عزاه إلى «الوجيز» وتبعه في «المحرر»، وقضية «البناء والتقريب» أن يكون الأصح هنا عدم الجواز، وكلام العراقيين وغيرهم مقصور على الشهادة على الانتساب إلى الآباء، وعلله جماعة منهم بعدم إمكان المشاهدة، وهو يرشد إلى المنع عكس ما في الكتاب، وشذ في «الوسيط» فنقل طريقة قاطعة بالجواز، والله أعلم.

قال: **(وَمَوْتٌ عَلَى الْمَذْهَبِ)** أي: الذي لم يورد الجمهور غيره، وصرح جماعة بنفي الخلاف؛ لأنه لا يكاد يدرك حقيقة؛ لأنه ربما لحقته سكتة وقد أمر بتعجيل الدفن فلا يمكن تركه حتى يتحقق موته لوقعه من الأسفار والبراري والقفار كذا قاله أبو الطيب، وقال غيره: لأن أسبابه خفية يتعذر الوجوب

لَا عِتْقٌ وَوَلَاءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي الْأَصَحِّ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ ....

عليها، والطريق الثاني فيه وجهان قاله القاضي الحسين؛ لأنه يمكن فيه المعاينة والمذهب القطع بالجواز.

قال الصَّيْمَرِيّ: لا أعلم خلافًا في الجواز بل يقع العلم بذلك بأسباب ظاهرة وأمارات بأن اجتاز بباب رجل كان عليلًا فسمع اللطم في داره وبأنه مفروش والناس جلوس للتعزية فسأل عن ذلك فأخبره واحد أو اثنان بموته، فيقع له العلم بموته وله أن يشهد به، وإن كان استدلالًا فإنه يفضي إلى علم يجري مجرى الضرورة، وقال صاحبه المَاوَرْدِي: يثبت الموت بالخبر المتظاهر بأن فلانًا مات، وكذلك إذا رأى الجنازة على بابه والصراخ في داره، وقيل: قد مات، ويكون العدد في الخبر المتظاهر بموته أعداد التواتر، ووهم أبو حامد فاعتبر بشاهدين، وأن شاهد الجنازة سمع الصراخ ولم يذكر له موته لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَيِّتُ غَيْرَهُ، فَإِنْ ذُكِرَ لَهُ مَوْتُهُ كَانَ الْخَبَرُ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ بِالتَّوَاتُرِ؛ لِأَنَّهُ قَدِ اقْتَرَنَ بِهِ مِنْ شَوَاهِدِ الْحَالِ مَا يَقُومُ مَقَامَ التَّوَاتُرِ، انتهى.

وقال شُرَيْح في «روضته»: تجوز الشهادة به لظاهر الأخبار، وكذا إن قالوا نحن دفناه وشهدنا جنازته، ويجوز وإن لم يعرف عين الميت وهو يقول: أشهد أن فلانًا ابن فلان ميت؛ لأن النسب يعرفه الحاكم، وإن لم يظهر ولم ينتشر عند الشاهد حتى يتقرر علمه عنده لم يجز أن يشهد حتى يعاين أو يشهد جنازته فيتقرر عنده بأسباب موته، فيجوز حينئذ أن يشهد، وإن مات ببلد آخر فظهر موته وانتشر فله أن يشهد، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أنه إذا أخبره ثقة بموته أنه يشهد به، وقال بعضهم: الأقوى المنع حتى يخبره عدلان، وقد قيل: هذا على حسب ما يقع به العلم، وقد يكون ذلك بواحد، وقيل: لا يجوز حتى يشهد عنده أكثر من أربعة، وقيل: لا أقل، انتهى.

فحصل وجوه، قال المَاوَرْدِي: إذا أراد أن يعزي موته إلى أحد أسبابه لم يجز إلا بالمشاهدة كما لا يعتبر سبب الملك إلا بالمشاهدة.

قال: (**لَا عِتْقٌ وَوَلَاءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي الْأَصَحِّ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ**

الْمُحَقِّقِينَ وَالْأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوَازُ، والله أَعْلَمُ.

الْمحَقِّقِينَ وَالْأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوَازُ، وَاللهُ أَعْلَمُ) أما الملك فسنفرده بالشرح، وأما العتق والوقف والولاء والزوجية فقال الرَّافِعِي: فيها وجهان وهما في الشهادة أنه مولى فلان أو عتيق أو وقف أو أنها زوجة فلان لا على الإنشاءات.

قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأن أسبابها غير متعددة ومشاهدتها متيسرة وجوزها الاصطخري؛ لأن هذه أمور مؤيدة، وإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع؛ ولأنها شهادة على الحاصل بالعقد فأشبهت الشهادة على الملك المطلق، وبهذا قال أحمد وابن القاص وأبو علي بن أبي هريرة والطبري ورجحه ابن الصباغ وبه أجاب ابْن كَجٍّ في الولاء، والأول هو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال، والأصح على ما ذكره الإمام وأبو الحسن العبادي والروياني في «جمع الجوامع» قالوا ويمكن الإثبات بالشهادة على شهادة الأصل وفي قوانينها وبين الملك بأن أسبابه متعددة، وتعددها يورث عسر الوقوف عليها؛ فلذلك جوزنا الاعتماد على التسامع، وأما هذه فأسبابها متحدة وذكر صاحب «العدة» إن هذا ظاهر المذهب لكن الفتوى الجواز للحاجة، انتهى.

وممن اختار قول أبي إسحاق الشيخ أبو حامد وصححه الْمحَامِلِيّ في «المقنع» والقاضي الحسين والصيمري والغزالي في «خلاصته».

وفي «الْبَحْر»: إنه الأشبه بمذهب الشَّافِعِي، قال ابن الرِّفْعَة كما حكاه الأصحاب عنه في باب عقد الذمة ونقله الإمام عن النص أيضًا، وأرسل كثيرون الخلاف بلا ترجيح كما بينته في «الْغَنِيَّة» وبما ذكرناه يظهر لك التوقف في نسبته تصحيح الجواز إلى الأكثرين، وفي «تعليق» الْبَغَوِي بعد إرسال الوجهين: والأولى ألَّا يثبت العتق بتسامع الأخبار كالطلاق.

تَنْبِيهَاتٌ: رأيت في «الْبُوَيْطِي» عن النص: والشهادة من ثلاثة وجوه، قال: والثالث: ما تظاهرت به الأخبار وتتابعت مثل السماع بالنسب، وأن فلانًا مات وأن فلانًا ولي وما أشبهه، انتهى.

....

فقوله: ولي، يحتمل أن يريد به الولاية وأن يريد به الولاء، ويؤيده أن المَاوَرْدِي حكى طريقة قاطعة بالسماع في أن مولى فلان أو مولى آل فلان؛ لأن الولاء كالنسب الثابت بتظاهر الخبر في عبارة بعضهم يشهد أن فلانًا الذي أعتقه وكأنه يشير إلى أنه لا يكفي الإطلاق؛ لأن المولى من الأسماء المشتركة وينبغي أنه إذا أطلق أن يستفسره القاضي.

قال الدَّارِمِي: وإذا جوزنا الشهادة على الولاء فشرطه شرط النسب، حكى المَاوَرْدِي أنه هل يحتاج عند الشهادة بالزوجية إلى أن يرى الزوج داخلًا إليها وخارجًا من عندها وجهين كالتصرف في الملك مع تظاهر الخبر به، انتهى.

وقال شُرَيْح: إذا قلنا: يجوز، فذلك إذا طال زمانه فيشهدون أن فلانة زوجة فلان إذا رأوا الزوجين في دار واحدة يجريان على طريق الزوجية، وإذا قلنا: يجوز، ففي الجهر وجهان.

وفي معنى الاستفاضة تواتر الخبر عنده بتزويج الولي بأن يستقبله أقوام عدول يخبرونه بأنهم خارجون من أملاك فلان زوج ابنته فلانًا، وقد عرف المخبر أنه لا يثبت للمزوج إلا واحدة بكر فيشهد أن فلانة زوجة فلان، فإن لم يكن المخبرون عدولًا لم يجز أن يشهد بذلك هكذا حكاه عن الإصطخري بعد حكايته عنه جواز الشهادة بالزوجية بالاستفاضة، والشرط المذكور من طول الزمان وغيره كما ذكرنا أطلق الدَّارِمِي وشريح الوجهين في الولاء بلا ترجيح، ثم جزم الدَّارِمِي بجواز الشهادة بأن هذا وقف زيد وصحح شُرَيْح الجواز فيه.

قال: ويقول: هذا وقف فلان، أو أن هذا وقف، ولا يقول: إن فلانًا وقف هذا، ثم الأمر بعد ذلك إلى الحاكم يصرفه إلى من يؤدي إليه اجتهاده، انتهى.

ونحوه قول الهروي: وإذا جوزنا الشهادة بالاستفاضة على الوقف فلا يشهد المصرف، بل يشهد أنه وقف مؤيد ثم الأمر بعد ذلك إلى القاضي بصرف العلة إلى ما يؤدي إليه اجتهاده.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: إنه لو شهد الشهود أن هذه الدار وقف على كذا

....

ولم يثبتوا الواقف لا يحكم بشهادتهم، انتهى.

والظاهر أنه أراد المنع مطلقًا لا بالنسبة إلى قولهم: علي كذا، وهو خاطئ أنه لا يثبت الوقف بالشيوع وهو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال ولم يرجح في «التعليق» و«التهذيب» شيئًا محل الخلاف.

كما أشار إليه الرَّافِعِي إذا استفاض أن هذا عتيق فلان، أو أن الولاء لفلان على زيد وأنها زوجة فلان، وأن هذا وقف فلان، أو على جهة عامة كما قاله الصيدلاني وغيره.

وعن الشيخ أبي محمد أن محله إذا كان الوقف على جهة عامة كالفقراء، أما الوقف على معين فلا يجوز إسناد الشهادة فيه إلى الاستفاضة وجهًا واحدًا، وزيفه الإمام وضعفه الغزالي.

وعبارة المَاوَرْدِي: وأما ثبوته وقفًا مطلقًا والشهادة أن هذا وقف آل فلان، وهذا وقف على الفقراء والمساكين، فقد اختلف أصحابنا فأشعر بموافقة أبي محمدٍ وهو المتبادر من كلام الرَّافِعِي وغيره، واقتضى كلام الهروي وشريح السالف أنه لا يثبت المصرف بالاستفاضة من غير فرق بين جهة وجهة وهو بعيد.

وفي «فتاوى» ابن الصلاح: إنه لا يثبت النظر في الوقف بالاستفاضة إذا شهد به مفردًا استقلالًا، وإن شهد به ذاكرًا له في شهادته بأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف؛ فالظاهر أنه يسمع إذا قلنا بشهادة الاستفاضة بالوقف قبلن شهادتها بالوقف مشروطًا بشروطه وذلك لأنه يرجع حاصله إلى بيان وصف الوقف وتعيين كيفيته؛ وذلك مسموع، فإن تكلف متكلف رد هذه المسألة إلى مسألة الشهادة بالوقف على معين، وزعم أنها لا تسمع بالاستفاضة وجهًا واحدًا، قلنا: هذا قول الشيخ أبي محمد والمحققون على ما حكاه ابنه سووا بين العام والمعين في آخر الوجهين في الجميع، انتهى وفيما قاله وقفة.

وإن حملنا إجراء الوجهين في الجميع؛ لأن ما ذكره يتضمن أمورًا زائدة خفية يبعد علمها بطريق الاستفاضة بخلاف الوقف على زيد أو على بني فلان

....

إجمالًا فهذا مما يستفيض من غير زيادة كما ينتشر اسم واقفه، والأقرب ما أفتى به المصنف أن الوقف يثبت بالاستفاضة دون شروطه وتفصيله، بل إن كان وقفًا على جماعة معينين أو على جهات متعددة قسمت الغلة بين الجميع بالتسوية، وإن كان على مدرسة مثلًا وتعذر معرفة الشروط صرف الناظر الغلة فيما يراه من مصالحها، وإذا حكم حاكم بثبوت شروطه بالاستفاضة وهو مقلد لإمام، ولم يكن ذلك مذهب إمامه لم ينفذ حكمه ولا ينفذه غيره، انتهى.

وأما الشهادة على الملك بالتسامع وحده هل تجوز؟.

قال الرَّافِعِي: فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالنسب والموت وهذا؛ لأن أسبابه كثيرة ومنها ما خفي وتعسر الوقوف عليه وهذا أقرب إلى إطلاق الأكثرين.

قلت: نقله المَاوَرْدِي والشاشي عن الأكثرين نصًا، وحكى المَاوَرْدِي من قبل الاتفاق عليه، وهو المحكي عن العراقيين، وبه جزم الْفُورَانِي، وحكى جماعة طريقة قاطعة به وهي المذهب المنصوص عليه في «الأم» في باب التحفظ في الشهادة.

والثاني: لا ما لم تنضم إليه اليد والتصرف، كما لا تجوز الشهادة بالتسامع على أسباب الملك.

ويحكى هذا عن نصه في «حرملة» واختاره القاضي الحسين والإمام والغزالي وهو الجواب في «الرقم» وصفًا إلى ترجيحه في «المحرر» و«الشرح الصغير».

واستبعد الإمام الأول، وقال: إن فرض له ثبوت فهو فيما إذا لم يعارض هذا التسامع يد، وتصرف من الغير، بل كان مهملًا صريحًا للمثل قاله في «الْبَسِيط».

قال الرَّافِعِي: واعلم أن جواز الشهادة على الأملاك بالتسامع مشهور في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد أو

....

التصرف إليه أو يعتبرهما جميعًا، ولكن لا يعتبر طول المدة فيهما إذا انضما إلى التسامع، وإلا فهما إذا طالت المدة كافيان في جواز الشهادة على الأظهر فلا يبقى للتسامع أثر.

قلت: ولفظ النص في «الْبُوَيْطِي»: ويجوز لك الشهادة بما تظاهرت به الأخبار أن فلانًا مالكه مع جور تراه، أو يقر في قلبك ذلك مثل الدار يسكنها الرجل والثوب يلبسه، والعبد يخدمه فتراه جائزًا له لا يدفعه عنه أحد، ونسب ملكه إليه وتظاهر عندك الأخبار بملكه، انتهى.

وهو إلى موافقة الوجه الثاني أقرب، ويجوز أن يكون شاهدًا لما ذكره الرَّافِعِي من الاكتفاء بانضمام أحد الأمرين إلى التسامع، ويشترط في جواز الشهادة بالملك على التسامع أو على اليد والتصرف ألا يعرف له منازعًا فيه، فإن الظن حينئذ يتأكد، ونقل ابْن كَجٍّ وجهين في أن منازعة من لا حجة معه هل تمنع الشهادة، انتهى.

واقتضى كلام «الشرح الصغير» أن المذهب المنع مطلقًا حيث أطلقه.

ثم قال: وفي وجه منازعة من لا حجة له لا تؤثر، وقال الدَّارِمِي: إذا ثبت عنده الملك بشهادة التظاهر، فقال: فساق ليس له، فهل يقدح فيها؟ على وجهين، أي: فهل يقدح في أداء الشهادة، ويمنع من الحكم بها، وهما كالوجهين السابقين في القدح في النسب، أو هما هما.

ورأيت في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو كان في يده مال أو دار يتصرف فيها تصرف المالكين مدة طويلة، ثم قال: إن هذه الدار ملك لرجل ولم يسمه، وقال: إنها ليست لي، ثم في اليوم الثاني ادَّعى رجل ملكيتها، فأنكر ذو اليد وادَّعاها ملكًا لنفسه، جاز لنا أن نشهد على أنها ملك له، وإن سمعناه يقول: إنها ليست لي أو لرجل، فإن ذلك لا يوجب زوال ملكه عنها، بدليل أنه لم يثبت ملكها لأحد، فسقط ما قال؛ إذ من ضرورة زوال ملكه ثبوته لغيره، إذ لا يتصور مال لا مالك له، تعين أو لم يعين، خلافًا لأبي حنيفة، ويحتمل أن

وَشَرْطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ، ....

يكون المراد به: هو مال الله، ولا يدوم ملكي عليه، بل يزول بموتي، وكل هذا محتمل، انتهى.

وهذا مشكل جدًّا، وقوله: ليست ظاهر في أنها لغيره، وقادح في ظن أن يده وتصرفه يد ملك وتصرف مالك، وإذا انجزم الظن الناشئ عن يده وتصرفه فكيف تسوغ الشهادة له حينئذ؟ والمختار الأقوى: المنع، وربما يأتي في «الدعاوى» ما يؤيده، وللمسألة تتمات تأتي إن شاء الله.

قال: **(وَشَرْطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ)** عبارة الرَّافِعِي: لا بد من جمع كبير يقع العلمُ أو الظن القوي بخبرهم، ويؤمن تواطؤهم على الكذب، [ولا يكفي قول عدلين نعم لو استشهد اشهد] على شهادتهما، وهذا ما اختاره المَاوَرْدِي وابن الصباغ أيضًا، وهو أشبه بكلام الشَّافِعِي، وبه أجاب في «الوجيز» انتهى.

وقال الإمام: التسامع هو الِاسْتِفَاضَةِ والتلقي من مستمعين، لا يتأتى حصرهم، هكذا ذكره شيخي والقاضي الحسين، وممن صحح هذا الوجه: أبو علي السنجي، والقفال الشاشي، وبه قال أبو إسحاق المروزي، وسبق كلام «الْحَاوِي» وغيره، فيما يعتبر في التسامع ليثبت.

وأمَّا الملك قال المَاوَرْدِي: فيثبت بسماع الخبر السائغ المتظاهر، فتسمع الناس على اختلاف أحوالهم، يقولون: هذه الدار، أو هذه الضيعة، أو هذه الدابة، أو هذا العبد، أو هذا الثوب لفلان، ويتكرر ذلك منهم على مرور الزمان، لا يرى فيهم منكر لذلك ولا منازع فيه.

ثم قال في آخر الفصل: وأصل الخبر المتظاهر فيه أن يكون من العدد المعتبر في التواتر، هكذا رأيته هنا في ثلاث نسخ بـ«الْحَاوِي»، وفي نسختين منه، ولعلَّ الخبر إلى آخره، وأحسبه تصحيف لفظه وأصل، وقال في شرح «المنهاج» معترضًا على الرَّافِعِي.

قلت: عبارة «الْحَاوِي» في حكايته الصحيح أن الاعتبار في ذلك العدد

....

المقطوع بصحة صدق مخبره، هو عدد التواتر المنتفي عنه المواطأة والغلط، انتهى.

وقال في «البيان»: ثم قال المَاوَرْدِي: لا تقبل إلا من عدد يقع العلم بخبرهم؛ لأن ما دون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع من جهتهم، وظاهر كلامه أنه أراد ما يقع به خبر التواتر فهذا بعيد، وقال ابن الصباغ: ظاهر كلام الشَّافِعِي يقتضي أن تكثر به الأخبار، فشرط في الاستفاضة بظاهر الأخبار، وذلك يكون بانتشارها وكثرتها، قال: وظاهر قول ابن الصباغ أنه أراد به أنه إذا سمع ذلك من عدد فوق الاثنين، ووقع في نفسه صدقهم جاز له أن يشهد بذلك، وإن كان دون العدد الذي يقع به خبر التواتر، انتهى.

وفيما فهمه عن ابن الصبَّاغ نظر! نعم؛ كلامه يفهم أنه إذا كثرت الأخبار بحيث يقع في قلبه صدقهم، وإن لم يتلقوا عدد التواتر أنه يكفي.

وعبارة «الْبَسِيط»: وأمَّا النسب وما يثبت بالتسامع ففي حده وجهان:

أحدهما: إنه لا يشهد إلا بالاستفاضة والسماع من قوم لا يجمعهم رابطة التواطؤ، وهو الذي يعتبر في أخبار التواتر، وليس ذلك لدرك اليقين، فإنَّا ذكرنا في الأصول أن التواتر فيما لا يحسن لا يفيد اليقين، وليس النسب محسوسًا، ولكن بالغرض استثارة غالب الظن من الاستفاضة مع عدم التنكير والتكاذب.

ثم حكى الوجه الآتي في الكتاب واستبعده.

وذكر في «الذَّخَائِر» عن «الْحَاوِي»: إنه اشترط عددًا يقع العلم بخبرهم وهو خبر التواتر... إلى آخره.

ثم قال: من بعد: إنه ظاهر ما ذكره الأصحاب العراقيون أنه يكفي الظن على قول الاكتفاء بشاهدين، ويشترط حصول العلم على القول الآخر على ما شرطناه في أخبار التواتر.

وأمَّا الخراسانيون فقال الغزالي: لا يشترط درك اليقين، بل يُكتفى بحصول الظن الغالب على القولين معًا؛ لأن النسب غير محسوس، والتواتر لا

وَقِيلَ يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ، ....

يفيد العلم في غير المحسوس، وإنما شرطنا ظنًا غالبًا من الاستفاضة مع عدم التواطؤ، وأمَّا الملك فدرك اليقين فيه غير ممكن، قال: ولا يكتفى بحصول مبادي الظنون، بل لا بد من ظهور ظن يصير طلب الزيادة عليه، انتهى.

والظاهر أن مراد المَاوَرْدِي ما ذكره الغزالي، وإنما الغزالي أوضحه وبيَّنه، وأمَّا كلام ابن الصباغ فمحتمل، قال الرَّافِعِي: وعلى هذا الوجه ينبغي ألَّا يعتبر العدالة ولا الحرية ولا الذكورة، وبهذا صرَّح غيره، وسبق عن «الْحَاوِي» في النسب نحوه.

قال: (**وَقِيلَ: يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ**) أي: تسكن النفس إلى خبرهما كما قيَّده القاضي أبو الطيب وصاحبا «الشامل» و«البيان» وغيرهما، وهو قول أبي حامد وأتباعه، ونسبه المراوزة إلى العراقيين.

وقال الإمام: إنه متجه عندي، وزيَّفه المَاوَرْدِي، وقال في موضع: إنه وهم من أبي حامد، وحكى السرخسي وغيره وجهًا ثالثًا: أنه يجوز الاعتماد على خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه، واختاره الدَّارِمِي فقال: وعندي يؤاخذ، وأيده القاضي أبو الطيب في «تعليقه» احتمالًا لنفسه إذا سكن قلبه إليه.

وحكى شُرَيْح في «روضته» وجهًا رابعًا في الشهادة بالملك: إن أقل العدد أربعة يسمع منهم، وأشار إلى وجه خامس: إنه لا بد من الزيادة على أربعة.

قال: والذين يسمع منهم يقولون لم نزل نسمع أن هذه الدار لفلان، وسبق كلامه فيما يعتمده في الشهادة بالموت، ويخرج مما سبق، ويأتي تفصيل بين انضمام قرينة إلى خبر الواحد أو الاثنين أو الجماعة، وبين الخبر المجرد.

وحكى الرَّافِعِي في قسم الصدقات وجهًا: أن أقل درجات الاستفاضة ثلاثة للخبر حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه، وإذا حمل كلام المَاوَرْدِي على ظاهره كان وجهًا آخر، وربما تنتهي الأوجه بما سنذكره إلى عشرة أو نحوها.

....

تنبيهات وفُرُوعٌ:

أحدها: قول المصنف: وشرط التسامع سماعه من جمع يقتضي اشتراط ذلك في كل ما تجوز الشهادة فيه بالتسامع، وهو ما اقتضاه كلام «الْبَسِيط» وغيره، وكلام الرَّافِعِي يشير إليه، وإنما صرَّح به في «المحرر» و«الشرح» في الشهادة بالملك، وسبق من كلام الـمَاوَرْدِي وغيره ما ينازع في ذلك، وكلام الصَّيْمَرِيّ وغيره ظاهر بالنسبة إلى ذلك النوع، وإنه لا يعتبر في الشهادة بالملك، وسبق ما قيل في الموت.

ثانيها: نقل ابْن كَجٍّ وجهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين؟ قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون هذا عين الخلاف المذكور في أنه هل يعتبر عدد يؤمن منهم التواطؤ، انتهى وفيه نظر.

بل الظاهر أنه شرط على الأصح على كل قول، وقد صرَّح به ابن الصباغ وشيخه وغيرهما في اعتماد العدلين، والماوردي وغيره في سماع الجمع، وسبق عن نصه في «الْبُوَيْطِي» إشارة إليه، وصرَّح الغزالي بأنه لا بد من حصول الظن الغالب على الوجهين معًا، وهذا واضح، وأحسب الرَّافِعِي قال: غير بالغين المعجمة والراء، فصحفه ناقل بالعين المهملة والنون، والوجه بأنه لا يشترط أن يقع في قلبه صدق المخبرين غلط.

ثالثها: صورة الاستفاضة أن يستفيض في الناس أن هذا العقار أو العين مثلًا ملك زيد من غير إضافة إلى سبب، **فإن** كان المستفيض سبب الملك لم يتحمل عليه، هكذا أطلقه جماعة استثناء.

وقال الـمَاوَرْدِي وابن الصباغ وجماعة: إلا أن يكون السبب الميراث فيجوز؛ لأن الميراث يستحق بالنسب والموت، وكلاهما يثبتان بالاستفاضة.

ورأيت في شرح «الكفاية» للصيمري: إنه إذا سمع الناس يقولون: إن هذه الدار أو هذه الأرض لفلان ابن فلان مرة بعد أخرى وحالًا بعد حال وسعه بأن يشهد له بأنه يملك ذلك المضاف إليه، ولا يسعه أن يشهد أنه ملك ذلك عن

....

شراء أو هبة أو ميراث إنما يشهد بمجرد الملك فحصل في الاستثناء.

رابعها: قال شُرَيْح: ثم تجوز الشهادة، أي: بالملك بالتسامع، وإن كان السماع ممن لا تقبل شهادتهم من المماليك، والعامة يقولون: هذه دار فلان، أو سمع أهل الصناعة يقولون: صنعنا في دار فلان، وإذا وجه السماع، أي: المستفيض، وكان قد عرف قبل ذلك لغيره فهل له أن يشهد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، ولا يلزم بيان سبب الملك، ويجوز أن لم يعرف البقعة، وعند أبي حنيفة لا بد من معرفتها، انتهى.

وسكت عن الوجه الثاني، وهو أشبه؛ إذ الأصل عدم الانتقال: ، فقد تكون اليد عن إجارة أو إعارة وغيرهما، والاستفاضة تساق عنها.

قال الرَّافِعِي: ولا يكفي أن يقول الشاهد: سمعت الناس يقولون: إنه لفلان، وكذا في النسب، وإن كانت الشهادة مبنية عليه بل يشترط أن يقول: أشهد أنه له أو أنه ابنه؛ لأنه قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس.

لكن عن العبَّادي: إنه لو شهد شاهد بالملك والآخر بأنه في يده من غير تواطؤ يتصرف فيه بلا منازع تمت الشهادة، وهذا ذكره شارح كلامه نصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب والظاهر الأول، انتهى.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي: ومن شهد على السماع لا بخبر كيف علم، ولا يسأله الحاكم من أين علم؛ لأن الحاكم قد علم من جاز له أن يشهد، وقال ابن أبي الدَّم: لو قال: أشهد بالاستفاضة أن هذه الدار ملك زيد لم تقبل على الأصح، وكذا لو قال: هي ملكه؛ لأني رأيته يتصرف فيها مدة طويلة بغير منازع، مع شيوع ملكيته بين الناس لا تسمع، انتهى.

وقد يقال: إذا علم القاضي بالقرائن أن مستنده الاستفاضة فيقرب أن تصريحه بذلك لا يمنع قبوله، إلا أن يقال: متى علم القاضي أنها مستندة لا يقبلها، وهو بعيد، نعم في قبول الشهادة المطلقة على المرجح من أكثر الناس نظر بجهلهم بالشروط والاستفسار يؤدي إلى الرد على المرجح فكيف الحال؟!

....

هذا مشكل جدًّا، ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة كما سبق.

سادسها: قال الرَّافِعِي: ولا فرق على الشهادة على الملك بالتصرف والتسامع بين العقار وبين العبد والثوب إذا كان غير المشهود به عن أمثاله، انتهى.

وسبق ذلك عن «الْحَاوِي» وفي «روضة» شُرَيْح: وهل تجوز الشهادة عن السماع في ملك غير العقار؟ وجهان وما ذكره غير بعيد، والخلاف في الثوب ونحوه أظهر منه في العبد والدابة؛ لكثرة الاشتباه في الثياب ونحوها، لكن المنصوص في «الأم» و«الْبُوَيْطِي» في الثوب الجواز كالدار.

سابعها: ومما يثبت بالاستفاضة في الجملة ولاية القضاء وغيره، كما سبق، ومنه ما سبق عن القاضي الحسين وغيره: إنه إذا استفاض عنده عدالة شخص أن له أن يشهد بعدالته، وسبق أن الغزالي منع ذلك في التعديل والجرح، وإن الرَّافِعِي نازعه، وذكرنا أن الهروي أشار إلى خلاف في التعديل بالاستفاضة، ومن ذلك الشهادة بالإعسار، صرَّح به الإمام والغزالي وفيه ما سيأتي، ومنه الشهادة بالرشد كما أفتى به ابن الصلاح، ومنه الدين على وجه ذكره الهروي وغيره، والمشهور أن الدين لا يثبت بالاستفاضة.

قال الْعِمْرَانِي: ويمكن الفرق بينه ملك الأعيان أن قدره لا يقع فيه استفاضة، وإنما يستفيض الدين في الجملة من حيث المطالبة والملازمة بخلاف الأعيان.

قلت: وقد يوجد من هذا أن الشهادة بملك الحصص من الأعيان لا يستند فيها إلى التسامع، كقولهم: لزيد من هذه الدار ريعها، ولعمرو ثمنها، ولبكر نصفها، وهكذا؛ لأن الحصص كقدر، واستفاضة مقاديرها بعيد، بخلاف قولنا: هذه الأرض أو الدار لزيد فتأمله.

فَرْعٌ: قال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» بعد أن قرر جواز الشهادة بالنسب والملك بالتسامع: وكذلك الشهادة على الوراثة أن فلانًا وارث فلان، لا

وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ وَلَا بَيْدٍ، وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ، ....

وارث له غيره، وإنما ذلك على ما ظهر له، وتظاهر به الخبر عنده أنه لا وارث له غيره، انتهى.

فَرْعٌ: في «روضة» شُرَيْح: لو كان النبي ﷺ قال لفلان: على فلان كذا هل كان للسامع أن يشهد أن لفلان على فلان كذا؟ فيه وجهان.

قلت: الصواب: الجواز، ونتصور هذه مسألة عملته في زمن نزول عيسى عليه السلام.

قال: **(وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ)** إذ قد يكون عنه وعن غيره نيابة وغيرها، نعم؛ له أن يشهد له باليد.

وعن «التهذيب» وهو في «تعليقه» كذلك: إنه إنما يشهد له باليد إذا رآه في يده مدة طويلة، وحكى الإمام في إفادة اليد وحدها قولًا في جواز الشهادة بالملك، والظاهر: المنع، والتصرف المجرد كاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة على الملك، هكذا نقل الرَّافِعِي عن الإمام رواية قول في اليد المجردة.

وعبارة «الْبَسِيط»: وفي اعتماد مجرد التصرف قولان، وأشار إلى أن إمامه غلَّط ناقلهما وقال: إن الوجه ألَّا يعد هذا من المذهب، وأن هذا القول لم يوجد في طريقه بعد البحث، وقال الإمام هنا أن شيخه كان يقول: إن اليد الدائمة بمجردها هل تدل على الملك، فعلى قولين ولست آمن صدور هذا عن غير ثبت، ولم أر أحدًا غيره يذكر هذين القولين، فلذلك لا أعتد به ولا أعده من المذهب، انتهى.

فخف الخطب بقوله: اليد الدائمة، قال ابن كَجٍّ: ويجوز للشاهد أن يعتمد في الشهادة باليد على الاستفاضة.

قال الرَّافِعِي: وقد ينازع فيه إمكان مشاهدة اليد.

قال: **(وَلَا بَيْدٍ، وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ)** أي: على المشهور كاليد المجردة، ويجوز له أن يشهد له باليد.

وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور كما ذكره الإمام وعن أبيه وغيره القطع به؛ لأن امتداد اليد والتصرف من غير منازع يغلب على الظن الملك.

والثاني: المنع؛ لأن الغاصب والمستأجر والمستعير والموقوف عليه والموصى له بالمنفعة والوكيل والوصي والأجير أصحاب يد وتصرف.

قال الْعِمْرَانِي: وهو ما صححه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والروياني وصاحب «التَّنْبِيه» وقال الإمام: إنه الذي ذهب إليه القاضي الحسين وطائفة من المحققين، وهذا هو الأول والمختار، ولا سيما في العقار في الأمصار والمزارع والدور في القرى في هذه الأعصار، ويشبه أن كلا الوجهين فيمن لا يباشر أملاك الناس نيابة عنهم؛ كجباة أملاك الأغنياء ووكلائهم الذين يتصرفون فيها بالإجارة والهدم والبناء وقبض الأجور، وكل من في معناهم من قيام الأيتام والوقوف ونحو هذا؛ لأن هؤلاء بطول اليد، وتصرفهم في أملاك غيرهم، فلا معنى للشهادة لهؤلاء بالملك بمجرد اليد والتصرف.

قال الإمام والغزالي والرافعي: فإن انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه جاز، والشهادة له بالملك على الوجهين، وهو غاية ما تبنى عليه هذه الشهادة.

وقضية كلام الشيخ إبراهيم المروزي: إنه إنما تجوز الشهادة له بالملك إلا إذا انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة له بالملك، لو رأى الناس ينسبونه إلى غيره، لا يجوز أن يشهد له به.

قال الرَّافِعِي: ونقل الرُّويَانِي عن «المنهاج» قولًا أنه لا تجوز الشهادة على الملك حتى يعرف سببه قال الرَّافِعِي: والصحيح المشهور الأول.

قلت: وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: فإن رآه يتصرف فيه شهرًا أو شهرين لا يجوز أن يشهد له بالملك أصلًا بل باليد، وإن رآه يتصرف فيه مدة طويلة لا يجوز له أن يشهد له بالملك حتى يعرف سببه في أصح الوجهين، وهو اختيار

....

أبي إسحاق والقاضي الطبري وغيرهما؛ لأنه يجوز أن يتصرف فيه بغير الملك من إجارة، أو إعارة، أو وكالة، أو وصاية، وهذا هو الاختيار في زماننا؛ لأنه يطول تصرف القاصد، ولا يقدر صاحب الملك على دفع الظلم بالقضاة والولاة، وعلى هذا الاحتياط للقاضي أن يسأل بنية الملك عن السبب حتى ترتفع الشبهة ويتبين الحق، انتهى.

وما اختاره هو المختار المتعين في وقتنا الموافق لما سبق عن الشيخ أبي حامد وغيره واخترناه.

إِشَارَةٌ: الرجوع في مدة اليد والتصرف إلى العادة بلا تقدير، قاله الْبَغَوِي وغيره، وجزم في «أصل الرَّوْضَة» بأنه الصحيح.

وقال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: التصرف لا يتقدر بل الرجوع فيه إلى العادة، والمعتبر مدة تحصل فيها غلبة الظن، وقيل: أقل المدة سنة، وقيل: ستة أشهر، وقيل: شهران، حكاها ابن أبي الدَّم عن رواية الشيخ أبي علي، ثم قال: والأصح عندي أنها غير مقدرة، والأصح الرجوع إلى العادة والعرف في ذلك، ومضى مدة يغلب على الظن، انتهى.

وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: المدة القليلة كالشهر والشهرين.

وفي «الزوائد» أن الطبري قال: القليلة كاليومين والثلاثة، وفي «روضة» شُرَيْح: ولا يجوز إذا كانت المدة يسيرة.

قال أبو عاصم العبادي: وهي دون عشرة أيام وعشرة أيام فما فوقها، اختلف فيها أبو العباس وأبو إسحاق، فحصل سبعة أوجه في المدة التي لا يكفي دونها.

فَرْعٌ: حكى الرَّافِعِي في كتاب «اللقيط» عن رواية الشيخ أبي علي أنه لو رأى صغيرًا في يد رجل يدعوه ويأمره وينهاه ويستخدمه هل له أن يشهد له بالملك؟ فيه وجهان، وعن غيره أنه إن سمعه يقول: هو عبدي، أو سمع الناس يقولون: هو عبده شهد له بالملك وإلا فلا، قال في «الرَّوْضَة»: وهذا صح، انتهى.

وَشَرْطُهُ تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَى وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ وَرَهْنٍ، ....

قلت: هو الأصح في السماع من الناس دون مدعي رقه، وبالشرط المتقدم ويجب أن يكون موضع وجهي أبي علي فيمن لا يستخدم ولده في العادة من الأغنياء وذوي الرئاسة، الّذين يتخذون الغلمان، وإلا فغالب العوام وأهل القرى والبوادي يستخدمون أولادهم الأطفال استخدام العبيد، فلا يقع للشاهد ظن الملك بمجرد ذلك، والله أعلم.

قال: **(وَشَرْطُهُ)** أي: التصرف المعتبر هنا.

(تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَى وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ) أي: وفسخ كما في «المحرر»، والمراد البيع والفسخ بعده، كما صرَّحوا به.

(وَرَهْنٍ) أي: ونحوها؛ لأن هذه الأمور ظاهرة في إثبات الملك غالبًا، وفي مجرد الإجارة وجهان؛ لأنها وإن تكررت فقد تصدر من استأجره مدة طويلة، أو من موصى له بالمنفعة، قال الرَّافِعِي: وليجز هذا الخلاف في الرهن؛ لأنه قد يصدر من مستعير، أي: ليرهن وإلا وفق لإطلاق الأصحاب، الاكتفاء بهما، واعتماد أن الغالب صدور هذه التصرفات من المالكين، ولا يكفي التصرف مرة واحدة فإنه لا يثير الظن، انتهى.

ولا ينبغي أن يُكتفى أيضًا بالمرتهن، ولا سيما مع قرب زمن الثاني من الأول، بل ينبغي أن تكون المرات في المجلس الواحد والأيام القليلة كالمرة الواحدة، وهذا كله تفريع على ما رجحه من الاكتفاء باليد والتصرف بمجردهما.

تَنْبِيهٌ: قال أبو الحسن [الديلمي][١]**: شرائط الشهادة بالملك أربعة:**

أحدها: أن يراه في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، ويدعيه ملكًا لنفسه.

والثاني: أن يتقادم الزمان بذلك حتى يكون منسوبًا إليه ومعروفًا به.

والثالث: ألَّا يكون ثَم منازع ينازعه فيه.

---

(١) في نسخة: (الدَّبِيلِي).

....

والرابع: ألَّا يكون هناك ريبة توجب التوقف في الشهادة بالملك، مثل أن يقال: إن أصله كان وقفًا أو رهنًا أو غصبًا أو ما يوجب التوقف فيه، فإن انخرم شرط منها لم تجز الشهادة، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: إذا سمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني وصدَّقه الآخر، أو أنا ابن فلان وصدَّقه فلان، قال كثير من أصحابنا: يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبيًا أو بالغًا وسكت؛ لأن السكوت في النسب كالإقرار.

ألا ترى أنه لو بشر بولد فسكت عليه لحقه، بخلاف ما إذا أنكر المستلحق، فإن النسب لا يثبت حينئذ، وفي «المهذب» وجه: إنه لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت، والذي أجاب به الإمام والغزالي: إنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك، وإنما يشهد الشهادة، والحالة هذه على الإقرار والاستلحاق، وهذا قياس ظاهر.

وقال في «شرحه الصغير»: وهذا هو الظاهر، قال: وربما أمكن تنزيل بعض الناقلين عليه وبتقدير ألَّا يكون مكان النسب فارق سائر الأقوال المقر بها سعيًا في إثباته ووجه أيضًا بأن الوقوف على توافق المستلحق آكد في إثارة الظن من السماع من غيرهما، انتهى.

وما حكاه عن كثيرين نسبه الإمام إلى العراقيين، وقال: إنه في قياس الفقه خطأ صريح، فإن قول الشخص الواحد من غير إشاعة في حكم الدعوى، ونحن وإن كنا نثبت الولد بالدعوة فيستحيل أن يجوز اعتمادها للشهادة على النسب مطلقًا، نعم يشهد على الدعوى ثم يقع الحكم بموجبها، وتبعه الغزالي.

وقول الرَّافِعِي: وربما أمكن تنزيل إيراد بعض الناقلين عليه هو ما في «الْحَاوِي»، فإنه قال: إذا قال لرجل: أنا ابنك وصدَّقه، ثبت بتصديقه النسب، ويكون بثبوته بينهما بالإقرار، وتكون الشهادة عليه كالشهادة على الإقرار، وإن لم يصدقه ولم يكذبه فإن لم يشهد حال إمساكه بالرضا لم يثبت النسب، وإلا

....

فقد قال أبو حامد الإسفراييني: يثبت النسب؛ لأن الرضا من شواهد الاعتراف، وهذا على الإطلاق ليس بصحيح، والحكم فيه أنه إن لم يتكرر ذلك لم يكن اعترافًا بالنسب، وإن تكرر وزال عنه شواهد الخوف والرجاء في أحوال مختلفة صار اعترافًا؛ لأن أكثر الأنساب بمثله تثبت، وهكذا لو ابتدأ أحدهما فقال الآخر: أنا أبوك، اعتبر حال الابن بمثل ما اعتبر به حال الأب، وكان الجواب فيهما سواء.

وهذا منه يدل على أن قول أبي حامد إنما هو في جواز الشهادة بالإقرار بالنسب في حالة السكوت، وإن الصحيح أنه إذا تكرر منه السكوت الدال على الرضا بما أقرَّ به مخاطبه، يجوز أن يشهد بإقراره بالنسب؛ لأنه لا يريد شواهد حالة الرضا بالتصديق على التصديق.

وقد قال: إن شهادته عند التصديق تكون على الإقرار، وكلام الْبَنْدَنِيجِي وغيره من أتباع أبي حامد لا يتأتى ذلك، حيث قالوا في صورة السكوت صار محتملًا للشهادة؛ لأنه سكوت راضٍ بذلك، وعلَّل في «المهذب» و«البيان» اعتبار السكوت، فإن سكوت الأب بمنزلة الإقرار، والإقرار جهة يثبت بها النسب، وهذا ظاهر في أن المراد الشهادة بالإقرار، وأن السكوت مرة كالإقرار مرة في جواز الشهادة على الإقرار فيهما.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «التعليق»: لو سمع رجلًا يقول: هذا ابني مشيرًا إلى صبي، جاز له تحمل الشهادة على أنه ابنه، وكذا إذا قال: هذا أبي وأشار إلى رجل ساكت، صح تحمل الشهادة بالسمع؛ لأن سكوته كإقراره.

وكذا قال في «الشامل»: وعبارتهما محتملة فيجب تنزيلها على ما ذكرناه، وفي «التهذيب»: إنها شهادة على الإقرار، وحينئذ ففي تحقق الخلاف نظر، وإن أفهم لفظ بعضهم ذلك، ومما يؤيد ما ذكرته قول القاضي والبندنيجي وغيرهما من العراقيين في آخر كتاب «الإقرار»، وفي كتاب العاقلة: إنه لو أقرَّ بنسب كبير عاقل لم يثبت نسبه حتى يصدقه، فإن أنكر كان للمقر تحليفه، فإن تكلف حلف المدعي ويثبت النسب، وكذا لو قال كبير لشخص: أنت أبي،

وَتُبْنَى شَهَادَةُ الْإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنَ وَمَخَائِلِ الضُّرِّ والْإِضَاقَةِ].

فأنكر، فله طلب يمينه، فسمّوهما: مقرًا ومقرًا له، فالشهادة على ذلك شهادة على الإقرار بلا شك.

قال: (**وَتُبْنَى شَهَادَةُ الْإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنَ وَمَخَائِلِ الضُّرِّ والْإِضَاقَةِ**) لأنه ليس مما يشهد ويعسر الاطّلاع عليه، وتبنى الشهادة فيه على القرائن، ومراقبة الشخص، وفي الخلوات ليعرف صبره على الضرر والإضاقة، ويعتبر فيمن تشهد به الخبرة الباطنة؛ لأن الأسباب المفيدة للظن به خفية يختص بمعرفتها من يخالط الرجل ويجالسه. هذا لفظ الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» هنا.

وأحال في «الكبير» الكلام فيها على التفليس، وقدَّمنا ذلك، وظاهر كلامه وكلام المصنف أن الشهادة بالإعسار لا يتحمل بطريق الاستفاضة، وجزم الإمام والغزالي بالجواز.

فَائِدَةٌ: قال المَاوَرْدِي في «أدب القضاء»: أخبار الاستفاضة هو أن تبدو منتشرة في الْبَرِّ وَالْفَاجِرِ، ويتحققها العالم والجاهل، ولا يختلف فيها مخبر، ولا يتشكل فيها سامع، وتكون انتشارها في ابتدائها في آخرها، وهذا أقوى الأخبار حالًا وأثبتها حكمًا.

وأمَّا أخبار التواتر فهو ما في ابتدائه الواحد حتى يكثر عددهم، ويبلغوا قدرًا ينبغي عن مثله التواطؤ والغلط، ولا يعرض في خبرهم بشكل ولا ارتياب، فيكون في أوله من أخبارهم الآحاد، وفي آخره من أخبار التواتر، فيصير مخالفًا لخبر الاستفاضة في أوله، موافقًا له في آخره، ويكون الفرق بين خبر الاستفاضة وخبر التواتر من ثلاثة أوجه:

أحدها: هذا.

والثاني: إن أخبار الاستفاضة لا يراعى فيها عدالة المخبر، وأخبار التواتر يراعى فيها عدالة المخبر.

والثالث: إن أخبار الاستفاضة تنتشر من غير قصد لروايتها، وأخبار التواتر ما انتشرت عن قصد لرواتها، ثم يستوي الخبران في التشكيل عنهما،

قال المصنف: [فَصْلٌ]: تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فِي النِّكَاحِ.

وَكَذَا الْإِقْرَارُ، وَالتَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ، وَكِتَابَةُ الصَّكِّ فِي الْأَصَحِّ، ....

ووقوع العلم بهما، وليس العدد فيها محصورًا ليكون أبقى لارتياب، وأمنع من التصنع، وإنما الشرط فيهما أن ينتفي عن المخبرين بهما التواطؤ على الكذب، ويمنع اتفاقهم في الشهود والغلط حتى يزول الشك ويحصل اليقين، ثم ينتهي إلى عصر بعد عصر مثل هذه الحال، انتهى.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فِي النِّكَاحِ) أي: لتوقف انعقاده على من ينعقد بحضوره، فلو امتنع الكل أثموا، ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما لم يتعينا بخلاف ما إذا تحمَّل جماعة، وطلب من اثنين منهما الأداء لما سيأتي، هكذا أطلق الرَّافِعِي، وينبغي أن يكون موضع عدم تعين الاثنين للتحمل ما إذا جوزا إجابة غيرهما، أمَّا لو ظنا عدمه لترفع أو بعد دار أو لاعتقاد فساد العقد فكما لو لم يكن غيرهما إن كان الداعي عن الحاكم، أمَّا لو دعاهما الحاكم فيشبه أن يلزمها الإجابة، ولينظر فيما لو دُعي إلى حضور نكاح يعتقد فساده، وغيره يصححه، هل يلزمه الإجابة والتحمل أم لا؟ ويشبه أن يقال: إن كان عاقده حاكم يراه فيجب إجابته أو غيره فلا.

قال: **(وَكَذَا الْإِقْرَارُ، وَالتَّصَرُّفُ الْمالِيُّ، وَكِتَابَةِ الصَّكِّ فِي الْأَصَحِّ)** أمَّا الإقرار والتصرف المالي فأشهر الوجهين، وبه أجاب العراقيون وغيرهم ما ذكره؛ لأن الحاجة تمس إلى تأكيدها وتشهد طرق إثباتها عند التنازع ومصالح الخلق لا تتم إلا بها.

والثاني: إنه مندوب إليه؛ لأن صحتها واستيفاء مقاصدها لا يتوقف عليه، قال الرَّافِعِي: وخصص ابن القطان الخلاف بما إذا لم يتقايضا لتأجيل أو غيره، وأمَّا بعد التقايض فلا يجب بحال.

قلت: قال الدَّارِمِي: إن كان بيعًا ونحوه قال ابن القطان: إن كان نقدًا وقد

....

تقايضا لم يجب، وإن كان مؤجلًا أو سلمًا فوجهان، وقال ابن المرزبان: يجب، فإن دعيا إلى وقف فوجهان، وإن دعيا إلى إقرار وجب، وكذلك العتق والكتابة والوصية والوكالة، انتهى.

ويحتمل أن يقال في البيع المؤجل والشراء ونحوهما: إن كانت لمحجور عليه بحيث يلزم الولي الإشهاد وجب التحمل قطعًا، وقس بهذا ما في معناه، وإن كان التصرف بين مطلقي التصرف لأنفسهما فهو موضع التردد، قال الرَّافِعِي: وإذا قلنا بالافتراض فذاك إذا حضره المتحمل، أمَّا إذا دُعي للتحمل فقد حكى ابْن كَجٍّ عن بعض الأصحاب أن عليه الإجابة، كما إذا ادَّعى الأداء وعن القاضي أبي حامد أنه لا يجب وهو ما أورده الْبَغَوِي وأبو الفرج زاد في «أصل الرَّوْضَة» وهو الأصح وليس بجيد وأرسلهما في «الشرح الصغير» بلا نسبة قالا إلا أن يكون المحمل معذورًا بحبس أو مرض، أي: ونحوهما فيجب الإجابة وكذا في المرأة المخدرة إذا أثبتنا للتخدير أثرًا، وكذا إذا ادَّعاه القاضي ليشهد على أمر يثبت عنده فعليه الإجابة؛ كيلا يحتاج القاضي إلى التردد إلى أبواب الشهود فتتعطل مصالح الناس، انتهى.

وما حكاه ابْن كَجٍّ هو قضية كلام الدَّارِمِي و«الْحَاوِي» وغيرهما، والجواب في «الشامل» و«البيان» حيث قالا: وإذا ادَّعى الرجل ليتحمل الشهادة في نكاح أو دين، زاد في «الشامل» أو غيره: وجب عليه الإجابة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال الْعِمْرَانِي: وهي تعم حالتي التحمل والأداء، وأطلق جماعات وجوب التحمل والأداء من غير فصل.

واعلم أني تتبعت الكتب فلم أر للخلاف فيها ذكرًا غير ما أفهمه إيراد الرَّافِعِي وعبارة «التهذيب»: وإنما يجب إذا حضر من عليه الحق ليشهد على نفسه، فإن دعاه إلى بيته لا يلزمه الإجابة إلا أن يكون مريضًا.. إلى آخره، وهو قضية ما في «تعليق» إبراهيم المروزي وغيره، ويجوز أن يحمل كلام هؤلاء على ما إذا دعاه المشهود عليه ليشهده على نفسه، ولا عذر له في عدم حضوره إلى الشاهد، وكلام غيرهم على ما إذا دعاه المشهود له لتحمل له الشهادة على

....

غريمه، والغريم يأبى الحضور إلى الشهود ونسخ الإشهاد، كما يفعله كثير من الناس، أمَّا إذا أجابه إلى الحضور ولا عذر لواحد منهما فلا معنى لإلزام الشهود السعي للتحمل، فإن صحَّ هذا ونحوه ففي تحقيق الخلاف نظر، وأمَّا كتبة الصكوك ففيها وجهان أيضًا: أشبههما في «الشرحين»: إنه يجب؛ لأنه لا يستغنى عنها في عصمة الحقوق والأموال، ولها أثر ظاهر في التذكر، قال: وهما كالوجهين في التحمل، لكن التحمل أولى بالافتراض؛ لأن الحجة بالشهود لا بالكتاب، فإن لم يوجبها أو قلنا يجب ولم يتعين لشخص للكتبة فله طلب الأجرة، وكذا إن تعين على الأصح، وهذا إذا لم يكن له رزق على ذلك من بيت المال، فإن رزق قنع به ولا أجرة له، انتهى.

وقدَّمنا في «أدب القضاء» كلامًا بالغًا في ذلك فليطلب منه.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: حكى الرَّافِعِي طريقة طاردة للخلاف في الشهادة على النكاح، وهي غريبة، وعليها ينطبق قول صاحب «الْكَافِي»: الإجابة إلى تحمل الشهادة في دين أو نكاح فرض كفاية على الأصح، وقال الدَّارِمِي في صورة النكاح: ولو لم يكن هناك إلا رجل وامرأتان فوجهان: أحدهما: يجب، والثاني: لا يجوز، قال: ولو دُعي الشاهدان إلى رجعة وجب إن أوجبنا، أي: الإشهاد فيها، وإن لم يوجب فكالبيع أو إلى طلاق أو خلع [فأبلغ من البيوع وكأنه يشير إلى ترتبه على البيوع.

ومنها: قضية كلام الرَّافِعِي إنه إذا تعين الشاهدان] أو الشاهد وجب التحمل قطعًا وقال الشيخ إبراهيم المروزي: وأمَّا التحمل إن كان المشهد صحيحًا لم يلزمه أن يحضره لتحمل الشهادة، وإن كان مريضًا وفي الناس كثرة فلذلك لا يلزمه الحضور، وإن تعين عليه ذلك فوجهان، ومنشأهما من اختلاف المفسرين في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] من حمله على أداء الشهادة لم يوجب عليه التحمل، ومن حمله على التحمل وجب عليه ذلك، والفرق بين الأداء والتحمل أن المؤدي يؤدي فرضًا التزمه

....

[في ذمته وفي التحمل ليس يؤدي فرضًا التزمه] انتهى.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وإذا دُعي واحد لتحمل شهادة إن لم يكن متعينًا لا يلزمه الإجابة، وإن كان متعينًا يلزمه التحمل، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه؛ لأن أصل الإشهاد غير واجب على ما سنذكر لا يجب عليه الحضور إلى بيته، لكن في موضع يتيسر عليه إمَّا يأت الحاكم أو المسجد ونحوه، ولو أنه دُعي إلى موضع بعيد له ألَّا يجب إلا بشيء يأخذه لمؤنة الطريق ونفقته ونفقة عياله، ولا يكون هذا في مقابله التحمل؛ لأنه لا يجوز له أخذ الأجرة عليه، انتهى.

ومنها: قال الدَّارِمِي: إذا دُعي دون أربعة إلى زنا -أي: للتحمل على فاعله- لم تجب الإجابة، وإن كانوا أربعة فإن كان داعيهم الزوج وجبت، وإن كان القاذف فوجهان، وإن كان غيرهما لم يجب، أي: قطعًا، وإن دعيا إلى سرقة فكالزنا.

وعن ابن شُرَيْح: يلزم، وإن دعيا إلى قذف فوجهان، وإن دعيا ليشهدا على قتل وجب، فإن كان هناك غير من دعي، وأوجبنا إذا لم يكن فأجابوا سقط وإلا جرحوا، إلا أن يردوه إلى من يطيعه، وإن كان له عذر، وإن قل فقيل: لا يجب حتى يرد جميع الناس والأول الصحيح والكاتب كالشهيد، انتهى.

فَرْعٌ: في باب الشهادة على الشهادة من «الْحَاوِي»: إذا سمع إقراره بحق عند الحاكم صح التحمل بلا استرعاء، وإن سمعه عند غير الحاكم عند شاهد أو غيره، ففي افتقار التحمل إلى استرعاء المقر وهو أن يقول: أشهد على أن لفلان عليّ كذا، فيه وجهان: قال أبو إسحاق: لا يصح التحمل إلا بالاسترعاء، ولا يجوز أن يشهد به؛ لاحتمال الوعد بهبة أو قرض، والظاهر من مذهب الشَّافِعِي صحة التحمل، والشهادة به جائزة؛ لتعلق الحكم بالظاهر، قال: والأصح عندي من إطلاق الوجهين أن يعتبر حال الإقرار، ثم ذكر ما سبق عنه من التفصيل، ثم قال: فإذا أرد أن يشهد بهذا الإقرار عند الحاكم لزمه أن يذكر في شهادة صفة الإقرار، فإن كانت باسترعاء قال: أشهد أنه أقرَّ

....

عندي، وأشهدني على نفسه، فإن لم يقل: أشهد، وقال: أقرَّ عندي وأشهدني على نفسه، كان إخبارًا لا شهادة، فلا يجوز للحاكم أن يحكم به، حتى يقول: أشهد أنه أقرَّ عندي وأشهدني على نفسه؛ لأن الحكم يكون بالشهادة دون الخبر، وإن كان قد أقرَّ عنده بالاسترعاء، وإن كان قد حضر وأقرَّ عنده بالاسترعاء قال في شهادته: أشهد أنه أقرَّ عندي بكذا، ولم يقل: وأشهدني على نفسه، وليجتهد الحاكم رأيه في صحة هذا التحمل وفساده، وإن كان الشاهد قد سمع إقرار المقر من غير حضور عنده قال في شهادته: أشهد أني سمعته يقر بكذا، ولا يقول: أقرَّ عندي؛ ليكون الحاكم هو المجتهد دون الشاهد، وليس للشاهد أن يجتهد في صحة الإقرار وفساده، بل ذلك للحاكم، وهل له أن يجتهد رأيه في لزوم الأداء وسقوطه عنه؟ فيه وجهان: قال: وإذا اعتبرنا الاسترعاء في الإقرار فقال للمقر: أشهد عليك بذلك، فقال: نعم، صح، وإن قال: أشهد، فأوجه:

أحدها: يصح كقوله نعم.

والثاني: لا؛ لاحتماله.

والثالث: إن قال: أشهد، لم يكن استرعاء، وإن قال: أشهد على، كان استرعاء لنفي الاحتمال بقوله: على، فإن قال: أشهد بذلك على كان استرعاء صحيحًا على الأوجه الثلاثة، وهو أبلغ في التأكيد، نعم وإذ قلنا: إن الاسترعاء في الإقرار غير معتبر، فقال الشاهد للمقر: أشهد عليك بكذا، فقال: لا، ففي بطلان الشهادة به وجهان.

قلت: الوجه أنها لا تبطل بذلك لحصول التحمل؛ إذ الرجوع عن الإقرار بحق الآدمي لا يقبل.

فَرْعٌ: الأحسن التطوع بالتحمل والأداء، وإلا فقد ذكروا أن له أخذ الرزق من بيت المال على ذلك كالقاضي، قال الرَّافِعِي: وقال ابن القاص: لا يأخذ الشاهد شيئًا من بيت المال ولا غيره، فعلى الأول ـ وهو الأقرب ـ لو رزقه

....

الإمام من ماله أو رزقه واحد من الناس فيكون الحكم كما ذكرنا في القاضي.

قلت: أسلفت في القاضي كلامًا شافيًا، وهو أولى بالمنع من الشاهد بلا نظر، ثم قال: وليس للشاهد أخذ أجرة على الأداء؛ لأنه فرض متوجه عليه، وأيضًا فهو كلام يسير لا أجرة لمثله، وأمَا «البيان» فقد أطلق في «الوجيز» أن له طلب أجرة المركوب من غير فرق بين كون القاضي معه في البلد، أو لا، لكنه على ما حكى الإمام والْبَغَوِي مخصوص بما إذا لم يكن معه في البلد بأن كان يأتيه من مسافة العدوى فما فوقها، فأمَّا إذا كان معه في البلد فلا يأخذ شيئًا.

قلت: هذا ما أورده المراوزة، وقال المَاوَرْدِي: إذا دعي ولا عذر له إلى خارج بلده لتحمل أو أداء لم يلزمه الإجابة، قربت المسافة أو بعدت، كان ذا مركوب، أو لم تكن لمشقة مفارقة الوطن، وإن كان في بلده، فإن قربت أطرافه لصغره لزمته الإجابة، وإن بعدت أقطاره لسعته، فإن كان ممن عادته المشي في جميع أقطاره لزمته الإجابة، وإن لم تجز عادته لم تلزمه، وإن قدر عليه؛ لأن مفارقة العادة شاق، إلا أن يكون ذا مركوب فلا مشقة عليه في الركوب، فتلزمه الإجابة فإن حمل إليه ما يركبه وهو غير ذي مركوب اعتبر حاله، فإن لم ينكر ركوب مثله لزمته الإجابة وإلا فلا، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وضم الْبَغَوِي نفقة الطريق إلى أجرة المركوب، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئًا كنفقة الطريق وكري المركوب، هل صرفه إلى غيرهما ويمشي، وهما كالوجهين فيمن دفع إلى غيره شيئًا وقال أشتريه لك ثوبًا، والأشبه الجواز، وبه أجاب في «الوجيز».

قلت: والأصح في «تعليق» الْبَغَوِي هنا في المشبه به المنع، قال: حتى لو صرف إلى غيره ضمن، قال الرَّافِعِي: هذا ما قيل إن الشاهد يأخذه من مال المشهود له، ولم يتعرض أكثرهم لما سوى ذلك، نعم؛ في «تعليق» الشيخ أبي حامد: إنه لو كان الشاهد فقيرًا يكسب قوته يومًا بيوم، وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما ينقله عن كسبه فلا يلزمه الأداء، إلا إذا بذل المشهود له قدر ما يكسبه في ذلك الوقت.

....

قلت: وسبق عن «تعليق» الْبَغَوِي: إنه لو دعي إلى موضع بعيد للتحمل له ألَّا يجب إلا بشيء يأخذه لمؤنة الطريق ونفقته ونفقة عياله، وذكر في طرف إلا أنه يطلب المركوب ونفقة الطريق، ولم يرد.

ورأيت في «الْحَاوِي»: إنه إذا كان الشاهد من أهل المعاش المكتسبين ويتعطل بالإجابة اكتسابه فدعي في وقت اكتسابه لم يلزمه الإجابة، وإن دُعي في غيره لزمته، فلو بذل له الداعي قدر كسبه لم يلزمه قبوله، ولو طلب قدر كسبه نظر، فإن كان أكثر من أجرة مثله لم يجز، وإن كان قدر أجرة مثله فقد اختلف أصحابنا في جوازه على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له أخذها كالكاتب.

والثاني: لا كالحاكم لا يجوز له أخذ الأجرة من الخصوم على حكمه.

والثالث: له أن يأخذها على التحمل دون الأداء؛ لأنه في الأداء متهوم، وفي التحمل غير متهوم، انتهى.

قال الرَّافِعِي متصلًا بما سبق عنه: هذا في طرف الأداء، ولو طلب الشاهد أجرة لتحمل فإن لم يتعين عليه فله الأخذ، وكذا إن تعين على الأصح، كما لو تعين لتجهيز ميت أو تعليم الفاتحة.

قال الشيخ أبو الفرج: هذا إذا دُعي لتحمل، فأمَّا إذا أداه المحمل فليس للتحمل، والحالة هذه أجرة، وليس له أن يأخذ شيئًا.

قال الرَّافِعِي: واعلم أن قضية قولنا أنه يطلب الأجرة إذا دُعي للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دُعي للأداء من غير فرق بين أن يكون القاضي معه في البلد أو لا يكون، كما لا فرق في التحمل، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقًا لا إلى نفقة الطريق، وكذا المركوب خاصة ثم يصرف المأخوذ إلى ما شاء، ولا يمنع من ذلك كون الأداء فرضًا عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على الأصح.

قال في «الرَّوْضَة»: قلت: هذا الذي أورده الرَّافِعِي ضعيف، مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ، فَلَوْ أَدَّى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ،

فهو محتمل، والوجوب ظاهر حينئذ والله أعلم، انتهى.

وما ذكره الرَّافِعِي محتمل قوي، وسبق عن «الْحَاوِي» ما يوافقه في الجملة، وكذلك الركوب في البلد الواسع على ما فصَّله، وسبق عن «تعليق» الْبَغَوِي: إنه لا يكون المأخوذ في مقابله التحمل؛ لأنه لا يجوز له أخذ الأجرة عليه، انتهى.

ويشبه أن يقال: إن أريد التحمل للأداء لا محالة في الحال، أو عن قرب بأن يحمله، ثم يطلب منه الأداء في الحال أو عن قرب، فله أخذ الأجرة على هذا التحمل المسعف للأداء لا محالة؛ لأنه لا أجرة عمل وسعي يقابل بأجرة، وإن كان المقصود مجرد التحمل لاحتمال الحاجة إلى الأداء يومًا من الدهر عند حلول الدين، وجحود المديون أو موته، أو منازعة في البيع ونحوه، فليس له طلب أجرة على هذا التحمل؛ لأنه لا يقابل بعوض، وقد يحتاج إليه المحمل وقد لا يحتاج فيكون أخذًا للأجرة على غير شيء، ولا منفعة حصلت للباذل، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ**) أي: بأن استحل غيرهما، أو مات الباقون، أو جُنُّوا، أو فسقوا، أو غابوا، أو مرضوا، أو كان لهم عذر بأمر آخر ولا عذر لهذين.

(**لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ**) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال: مجاهد وغيره: للأداء.

وقال الحسن البصري: للأمرين، وقال ابن عباس وغيره: للتحمل، فعلى هذا يستدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] قال الْمَاوَرْدِي: والفرض في أداء أغلط منه في التحمل، قال: اخْتِيرَ أَنْ يَكُونَ عَدَدُ الْمتَحَمِّلِينَ ثَمَانِيَةً، اثْنَانِ يَمُوتَانِ، وَاثْنَانِ يَمْرَضَانِ، وَاثْنَانِ يَغِيبَانِ، وَاثْنَانِ يَحْضُرَانِ فَيُؤَدِّيَا.

قال: (**فَلَوْ أَدَّى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ**) أي: بلا عذر.

وقال احْلِفْ مَعَهُ عَصَى، وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ، فَالْأَدَاءُ فَرْضُ كِفَايَةٍ، فَلَوْ طَلَبَ مِنْ اثْنَيْنِ لَزِمَهُمَا فِي الْأَصَحِّ، ....

(وقال احْلِفْ مَعَهُ عَصَى) أي: وإن كان القاضي يرى القضاء بالشاهد واليمين؛ لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن الحلف، قال الإمام: وكذا الشاهدان على رد الوديعة إذا امتنعا وقالا للمودع: احلف على ردها.

وكلام الرُّويَانِي يشعر بأن موضع المنع في مسألتنا إذا كانا قد تحملا قصدًا لا اتفاقًا، قال: لأنه يقول إنما أشهد بكما لكيلا أحتاج إلى الابتذال باليمين، انتهى.

قال: **(وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ)** أي: في الواقعة ولا عذر لهم.

(فَالْأَدَاءُ فَرْضُ كِفَايَةٍ) لأن الفرض يحصل بالبعض كالجهاد وغيره.

قال: **(فَلَوْ طَلَبَ مِنْ اثْنَيْنِ)** أي: بأعيانهما.

(لَزِمَهُمَا) الأداء.

(فِي الْأَصَحِّ) وإلا لأفضى إلى التواكل بخلاف التحمل؛ لأن هناك يطلب منه تحمل أمانة وهنا يطلب منه أداؤها.

والثاني: لا كالتحمل، وحكى بعضهم الخلاف قولين.

قال الإمام: وموضع الخلاف ما إذا علم المدعوان أن غيرهما يرغب في الأداء، أو لم يعلم من حالهما رغبة ولا إباء إذا علما إباءهم فليس ذلك موضع الخلاف.

قلت: وينبغي أن يخرج عن موضع الخلاف ما لو علم المدعوان أن دفعهما إلى غيرهما، وإن علما إجابته يؤدي إلى ضياع الحق أو تأخيره، مع ضرورة المستحق وقُرب مجلس الحكم منهما، وبُعد غيرهما منه، ويحتمل أن يفرق بين من تحمَّل قصدًا ومن تحمَّل اتفاقًا.

ألا ترى تعليل الرُّويَانِي الوجه الأصح؛ لأنه فرض ألزمه نفسه .. إلى آخره، وسوى المَاوَرْدِي بين حالتي التحمل والأداء فقال: إذا دُعي أحدهم إلى

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِلَّا فَلَا، وَقِيلَ لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ إِلَّا مَنْ تَحَمَّلَ قَصْدًا لَا اتِّفَاقًا، ....

تحمل أو أداء ففي حكم فرضه وجهان:

أحدهما: إنه يتعين عليه فرض الإجابة إلا أن يعلم أن غيره [لا يجيب فيتعين][(١)] عليه.

[**والثاني**: أنه لا تعين عليه فرض الإجابة إلا أن يعلم أن غيره لا يجيب فيتعين عليه] الفرض فعلى الوجه الأول يكون عاصيًا حتى يجيب غيره وعلى الثاني غير عاص حتى يمتنع غيره فإذا أجاب إلى التحمل والأداء العدد المشروط في الشهادة سقط فرضها عن الباقين وإن امتنعوا جميعًا خرجوا أجمعين وكان المبتدأ بالاستدعاء أغلظهم مأثمًا؛ لأنه صار متبوعًا في الامتناع كما لو بدأ بالإجابة كان أكثرهم أجرًا؛ لأنه صار متبوعًا فيها.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ**) أي: والقاضي المدعو إلى الأداء عنده يرى ذلك.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: على الصحيح المشهور؛ لأن المقصود لا يحصل به وحكى الدَّارِمِي، وابْن كَجٍّ، وشريح الرُّويَانِي وجهًا: إنه يلزمه الإجابة فيما لا يثبت إلا بشاهدين؛ لانتفاعه به في دفع تهمة الكذب.

قال: (**وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ إِلَّا مَنْ تَحَمَّلَ قَصْدًا لَا اتِّفَاقًا**) أي: لأنه لم يوجد منه التزام والأصح اللزوم؛ لأنها أمانة حصلت عنده يلزمه أداؤها، كما أن الأمانات المالية تارة تكون بقبول الوديعة، وتارة بتطيير الريح وغير ذلك.

تَنْبِيهَاتٌ: يشبه أن يكون محل الخلاف في المال وحقوقه، أمَّا لو سمع إنسانًا طلق امرأته أو أعتق أمته ثم جحد ورام استفراشها، فالوجه اللزوم، وكذا لو سمعه قد عفا عن قود استحقه، ثم رام القصاص وجحد العفو، وقس بهذا ما يقاربه. قيَّدنا لزوم الإجابة على الواحد فيما يقضي فيه بشاهد ويمين بما إذا كان الحاكم ممن يراه، سواء اعتقد الشاهد جوازه أم لا؛ إذ الإلزام معتبر

(١) في نسخة: (يجيب فلا يتعين).

وَلِوُجُوبِ الْأَدَاءِ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَقِيلَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ،

باجتهاد الحاكم لا الشاهد، أمَّا لو كان الحاكم لا يراه لم يلزم الإجابة، وإن رآه الشاهد نظر إلى اجتهاد الحاكم، قاله المَاوَرْدِي، وهكذا لو كان مع الشاهد امرأتان فيما اختلف فيه بالحكم بالشاهد والمرأتين كان معتبرًا بما ذكرناه.

قضية كلامهم: إنه لو اتفق التحمل من النساء مع الرجال أنهن كالرجال في لزوم الإجابة فيما يقبل مع الرجال فيه، ويحتمل ألَّا يلزمهن الإجابة أولًا، بخلاف الرجال، ويبعد ألَّا يلزمهن مطلقًا إذا دعين للأداء مع وجود الرجال، فإن تساوين مع الرجال استثنى المخدرة فيما يظهر مع الاستغناء بغيرها.

قال: (**وَلِوُجُوبِ الْأَدَاءِ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى**) أي: وهي التي يرجع منها مبكرًا ليلًا؛ للحاجة إلى الإثبات، وتعذره بالشهادة على الشهادة، ولو كان الداعي للأداء القاضي فأولى بالوجوب، وسبق إطلاق المَاوَرْدِي المنع للمشقة بمفارقة الوطن.

قال: (**وَقِيلَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ**) إذا دعي للأداء من مسافة القصر فأزيد لم يلزمه الإجابة قطعًا؛ لكثرة المشقة، وهو ظاهر إذا دعاه المستحق، أمَّا لو دعاه الحاكم وهو في عمله والإمام الأعظم إذا رأيا تعين حضوره بنفسه لا من اقتضاه فيشبه أن تجب الإجابة، وقد استحضر عمر رضي الله عنه الشهود من الكوفة إلى المدينة، وروى من الشام أيضًا، وروى من «قنسرين» وأمَّا إذا دعي من مسافة القصر وفوق مسافة العدوى فوجهان، بناء على أن الشهادة على الشهادة في مثلها هل تقبل؟ والأصح نعم، فلا يلزم الإجابة للمشقة وهذا كله تفريع على المشهور، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور عند القاضي لأداء الشهادة، وإلا لبعث القاضي بالطوَّاف على أبواب الشهود، وسقط وضعه أو ضاعت الحقوق، وعن القاضي أبي الطيب أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إذا اجتمع مع القاضي، كذا نقل الرَّافِعِي.

وقد يقول القاضي أبو حامد: إن الغرض يحصل بالشهادة على الشهادة كما سيأتي على وجه، فلا بدّ له على القاضي ولا ضاع حق، ويصير الشاهد كالمودع لا يلزمه إلا التخلية بين الوديعة وربها، وسبق قول المَاوَرْدِي: إنه لا

وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا فَإِنْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ، قِيلَ أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لَمْ يَجِبْ، ....

يكلف الخروج عن البلد للأداء وإن قربت المسافة للمشقة، والظاهر أنه تجوز الشهادة على الشهادة حينئذ.

قال: (**وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا فَإِنْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ**) أي: ظاهرًا أو خفيًّا.

(**قِيلَ: أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لَمْ يَجِبْ**) أمَّا المجمع عليه فظاهر.

قال الرَّافِعِي وغيره: بل يحرم عليه أن يشهد فضلًا عن الوجوب، وهذا في الفسق الظاهر ظاهر، وأمَّا الخفيّ بينه وبين الله، ففي التحريم عليه نظر؛ لأنها شهادة بحق، وإعانة على حق في نفس الأمر، ولا إثم على القاضي إذا لم يقض، بل يتجه الوجوب عليه إذا كان في الأداء إنقاذ نفس أو عضو أو بضع.

غاية ما يقال: إنه حمل الحاكم على الحكم خبر حجة وسيأتي جوابه، ثم بعد أن قلت هذا بحثًا، رأيت ابن أبي الدَّم ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ قال: إن الشيخ أبا علي قال: إن كان فسقه مقطوعًا به لم تلزمه الإجابة.

وقال القاضي الحسين، أي: وأتباعه كالْبَغَوِي وإبراهيم المروزي: لا يجوز له أن يشهد، وإن شهد عصى، وإن كان فسقه خفيًّا؛ لأنه يلبس الأمر على الحاكم.

قال: والذي فهمته من كلام الأصحاب وتلقيته من مدارج مصنفاتهم: إنه لا يعصى ولا يحرم عليه أداء الشهادة وهي حق، ويجوز له أداؤها، بل يُستحب، وهو الذي أراه صحيحًا لا ريب فيه، وممن أشار إلى ذلك: المَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، وصاحبه الشيخ أبو نصر، انتهى.

وسيأتي أنه يلزمه الأداء على طريقه.

وقال المَاوَرْدِي: إذا دُعي الفاسق إلى تحمل شهادة، فإن كان فسقه ظاهرًا لم يلزمه، وإلا لزمه، وهكذا إذا دُعي لأداء ما يحمله لم يلزمه الأداء إن كان ظاهر الفسق، وإن كان فسقه باطنًا لزمه الأداء؛ لأن ردّه بالفسق الظاهر متفق عليه، وردّه بالفسق الباطن مختلف فيه، انتهى.

....

وسبق عن العبادي أن الوكيل يشهد للبائع بالثمن إذا أنكر المشتري الشراء، ولا يذكر الوكالة، وذكر القاضيان شُرَيْح والهروي وغيرهما: إنه لو كان له عليه دين فجحده ولا بيّنة لديه، ولكن بيده وثيقة عليه بدين قد قبضه، والشهود لا يعلموا له إقامة البينة بالمقبوض قصاصًا عن المجحود مع ما في ذلك من الحمل على الحكم بدين قد برئ منه الخصم، وحمل الشهود على الشهادة بعد قبضه باطنًا عدنا إلى الشرح. وأمَّا إن كان الفسق مختلفًا فيه كشرب النبيذ.

قال الرَّافِعِي: فعليه أن يشهد وإن عهد من القاضي التفسيق به ورد الشهادة به؛ لأنه قد يتغير اجتهاده، هذا هو الأظهر.

وفي «أمالي» السرخسي وجه: إنه لا يجب إذا كان ظاهرًا؛ لأن الظاهر استمرار القاضي على اجتهاده.

وفي كتاب القاضي ابْن كَجٍّ إطلاق القول بأنه يشهد إذا كان فسقه خفيًّا وإطلاق الوجهين فيما إذا كان ظاهرًا، انتهى.

وعبَّر في «الرَّوْضَة» وحكى ابْن كَجٍّ وجهًا: إنه يجب مطلقًا في الفسق الخفيّ وفي الظاهر وجهان، والمذهب ما سبق، وليس بجيد، وعلى ما أورده ابْن كَجٍّ اقتصر الدَّارِمِي فقال: إن دُعي فاسقٌ للإقامة فإن كان مخفي وجب، وإن كانوا يظهرونه فوجهان، وعلى وجوب الأداء في الفسق الباطن اقتصر المَاوَرْدِي.

وحكى ابن أبي الدَّم عنه وعن غيره استحباب الأداء كما سبق، والوجه أنه إن كان في الأداء حفظ نفس محترمة أو عضو أو بضع وجب، وقال شُرَيْح في «الرَّوْضَة»: وإن كان فاسقًا أو عدوًا للمشهود عليه وطلب منه الأداء، فإن كان في حق الله تعالى لم يجب، أو لآدمي فوجهان.

وقال ابن أبي الدَّم في الفسق المجتهد فيه: إن تعين عليه الأداء لزمه الحضور، وإن لم يتعين عليه، وقلنا: لو كان عدلًا يلزمه الحضور، فهاهنا وجهان، ومن أصحابنا من قال: إن لم يتعين عليه لا يلزمه الحضور، وإن تعين عليه ولم يكن غيره فوجهان.

....

فَائِدَةٌ: قدمت أن ابن الرِّفْعَة أبدى ترددًا لنفسه، وذكر أنه لا نقل فيه: إنه هل يجوز للوالد أو الولد أن يشهد بالحق لقرينة إذا جهل القاضي حاله؟ وتكلمت معه، وربما رجحت الجواز.

ثم رأيت الشيخ عز الدين قال في «القواعد»: فإن قيل: إذا شهد الوالد لولده، والعدو على عدوه، أو الفاسق بما يعلمون من الحق، والحاكم لا يشعر بالولادة والفسق والعداوة فهل يأثم الشهود بذلك؟.

قلت: هذا مختلف فيه والمختار جوازه؛ لأنهم لم يحملوا الحاكم على باطل، وإنما حملوا على إيصال الحق إلى المستحق، وإنما ردت شهادة هؤلاء للتهم؛ لأن التهمة مانعة للحاكم من جهة قدحها في ظنه، وهاهنا لا إثم على الحاكم لتوفر ظنه، ولا على الخصم لأخذ حقه، ولا على الشاهد لمعونته، انتهى.

وما اختاره هو المختار وصرَّح شُرَيْح بنقل الوجهين في الفاسق والعدو لكن هل هما في وجوب الأداء عليهما في الظاهر أو في الجواز ظاهر عبارته الأول.

فُرُوعٌ: لو طلب من الشاهد أداء الشهادة على الجواز والبيع لإثبات الشفعة أو على النكاح بغير ولي وما أشبه ذلك من المختلف فيه، والشاهد لا يراه، ففي وجوب الأداء وجهان في «روضة الحكام» وغيرها.

وعبارة الدَّارِمِي: إذا كان يخالف الحاكم فيها تجب شهادته فوجهان؟

قال ابن أبي هريرة: إن كان متحملًا شهد، وإلا لم يشهد إذا كان ظاهرًا، والثاني: لا يجوز، وقال ابن المرزبان: يجوز مطلقًا، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن دعاه الحاكم نفسه وجب أو الطالب فلا، بل يجب الجزم به إذا كان المدعو إلى الشهادة فيه ظاهر الفساد عنده، بحيث ينقض الحكم، وأمثلته لا تخفى، ومنها: إتلاف خمر الذمي وتضمينها للمتلف.

قال الدَّارِمِي: إذا دُعي عبد للأداء فوجهان، ويشبه أن يقال: إن تعين وكان القاضي ممن يقبله وجبت الإجابة، وليس للسيد بيعه، وإن كان الحاكم لا يرى

....

قبوله لم يجب، وهل له أن يشهد إذا خفي حاله على الحاكم ينبغي أن يجيء فيه ما سبق، قال الدَّارِمِي: إن دعاه أبوه أو ابنه أو شهد على أبيه في حد فوجهان وقال شُرَيْح: إن كان الشاهد أباه أو ابنه لم يلزمه الأداء في أظهر الوجهين.

قلت: ويجيء فيه تفصيل مما سبق بالنسبة إلى الباطن، وبالنسبة إلى من يرى القبول من الحكام، قال الدَّارِمِي: إذا دُعي ليشهد على عدو أجاب، وإن كان صديقًا فدعي للشهادة له فوجهان، وسبق في الشهادة على العدو وجهان، ويأتي فيه ما سبق من اعتقاد القاضي، ومن العداوة الظاهرة والخفيَّة، وما إذا كان القاضي لا يعلمها إن نظرنا إلى الباطن جاز، بل وجب في صور وإلا فلا، وأمَّا الصديق فإن كان القاضي لا يقبلها للصديق لم تلزمه الإجابة، فإن كان يقبلها فالأصح الوجوب، ووجه المنع خوف تهمة العصبية والحمية.

قلت: ولو كانت الشهادة بإقراره وجبت الإجابة على الاثنين على المذهب إن كان القاضي يرى قبولهما على الإقرار.

قال الدَّارِمِي: إذا شهد عند الحاكم فدعي إلى غيره أجاب، إذا لم يكن الأول حكم، وقال المَاوَرْدِي: لو دُعي للأداء عند حاكم لا يعلم هل يقبله أم لا لزمه الشهادة، فإن شهد عنده فتوقف عن قبولها لاستبراء حاله لزمه أن يشهد عند غيره من الحكّام إذا دُعي إليه، ولو توقف عنها لحكمه برده لجرحه، لم يلزمه أن يشهد به عند غيره إذا دعي إليه؛ لأنه لا يجوز لغيره الحكم بشهادة قد ردت بحكم ـ يعني: وهو رده بالفسق ـ كما دل عليه كلامه في موضع آخر.

وقال شُرَيْح: ولو سمع الحاكم شهادتهما فتوقف فسألهما المدعي إعادتهما ثانيًا ففي وجوبه وجهان: وقال ابن أبي هريرة: لا يلزم إعادتها عند القاضي الأول، وإن مات أو عزل قبل الحكم لزمه إعادتها عند قاضٍ ثان إذا طلب منه.

قال الرَّافِعِي: وذكر ابْن كَجٍّ أنه لو شهد ورد القاضي شهادته بقلة الفسق ثم طلب المدعي منه أن يشهد عند قاض آخر فعليه الإجابة، وعند ذلك القاضي لا يجب وفيه وجه، انتهى.

....

وعبارة الدَّارِمِي: إذا شهد فرد ثم دعي فيها بعينها فوجهان، فإن نسى الحاكم ونحوه أجاب، انتهى.

وفيه فائدتان زائدتان: بأن لو دُعي لأداء شهادة عند أمير ووزير.

قال ابن القطان: لا يلزمه الأداء، وإنما يلزمه عند من له أهلية سماعها، وهو القاضي.

قال ابْن كَجٍّ: وعندي يجب إذا علم أنه يصل به الحق إلى المستحق، وصححه في «الرَّوْضَة»، وقال الدَّارِمِي: إذا دُعي ليشهد عند غير حاكم كأمين ونحوه، فإن كان جائرًا لم يجب، وإن كان عدلًا فوجهان.

وقال المَاوَرْدِي: تلزم الشهادة عند كل ذي ولاية يصح منه استيفاء الحقوق لأهلها من الأئمة والأمراء والحكام، سواء كانوا من أهل العدل أو من أهل البغي، فإن دُعي ليشهد عنده جائز، فإن جوَّزه في الحق المشهود به لم تلزمه الإجابة وإن كان في غيره لزمته، وقال في موضع آخر: فَإِنْ دُعِيَ الشَّاهِدُ إِلَى أَدَاءِ شَهَادَةٍ عِنْدَ أَمِيرٍ أَوْ ذِي يَدٍ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ إِلْزَامُ الْحُقُوقِ وَالْإِجْبَارُ عَلَيْهَا، لَزِمَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ، وَلَا يَصِحُّ مِنْهُ [لا يلزمه الأداء عنده لو دُعي للأداء عند متوسط بين الخصمين، فإن لم يلتزما حكمه لم تلزمه] الشهادة عنده، وإن التزما حكمه فوجهان بناهما المَاوَرْدِي وغيره على القولين في أن حكمه هل يلزم المتراضين به أم لا، وقضية ترجيح وجوب الإجابة هل يجب الأداء عند القاضي الجائر المتعنت؟ فيه وجهان: وجه المنع: إنه لا يأمن رده جورًا وتعنّتًا، فيعتبر بالرد، فعلى هذا عدالة القاضي واستجماعه الشرائط المرعية شرط آخر من شرائط الوجوب.

قال في «الرَّوْضَة» الراجح الوجوب.

قلت: ويجوز أن يدار الحكم على غلبة الظن بالرد وعدمه، فإن استوى الاحتمالان فوجهان لكن في فقه الفرع إشكال، فإن كان على ما ذكره الغزالي من نفوذ أحكام الفاسق الذي ولاه ذو الشوكة، أو على أن القاضي لا ينعزل

وَأَنْ لَا يَكُونَ مَعْذُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا].

بالفسق فظاهر، وإن كان إيجاده فهذا معزول بالجور والفسق، فكيف يلزم الأداء عنده؟

وفي «الْحَاوِي»: لو امتنع من الأداء وقال: ليس الحاكم عندي مستحقًا للحكم، إمَّا لفسق أو جهل لزمه الأداء، وليس للشاهد اجتهاد في صحة التقليد وفساده.

وقال أحمد: لا يلزمه، وإنما يلزمه عند من يرضى من الحكام.

وحكي أن الإمام أحمد لزمه شهادة فدعي لأدائها عند حاكم فامتنع، وقال: إِنَّ الْقَاضِيَ لَيْسَ بِرِضًا، فَقال الدَّاعِي: يُتْلِفُ عَلَيَّ مَالِي، فقال أحمد: الذي ولىَّ هذا القاضي أتلف عليك مالك لا أنا، وليس لهذا القول وجه؛ لأن المقصود بالشهادة وصول ذي الحق إلى حقه، ولم يفرق في وصوله إليه بين صحة التقليد وفساده، انتهى.

إذا توجه عليه الأداء فامتنع حياءً من المشهود عليه.

قال القاضي الحسين: يعصي، ولا يجوز للقاضي قبوله في شيء أصلًا حتى يتوب.

قال الرَّافِعِي: ويوافق هذا ما قيل أن المدعي لو قال للقاضي: لي عند فلان شهادة وهو يمنع من أدائها فأحضره ليشهد لم يجبه؛ لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته.

قال الشيخ: قلت: ينبغي أن يحمل هذا على ما إذا قال: هو ممتنع علي بلا عذر، انتهى.

وهذا يتعين، وهو المراد أو نحوه، وإلا فقد يكون امتناعه لعذر شرعي من شك في التحمل، أو خوف على نفسه من ظالم وغير ذلك.

قال: (**وَأَنْ لَا يَكُونَ مَعْذُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا**) أي: دفعًا للمشقة عنه، والمرأة المخدرة إذا

....

جعلنا للتخدير حكمًا معذورة، وغيرها يلزمها الحضور والأداء، وعلى الزوج أن يأذن لها فيه، ذكره ابْن كَجٍّ، وبوجوب الإجابة على النساء أجاب الدَّارِمِي، ولم يفرق بين امرأة وامرأة، واقتصر الشيخان في كتبهما على قولهما.

(بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ) وسيأتي بيان المرض المحجوز لشهادة الفرع.

وقال المَاوَرْدِي: العذر ضربان: عجز، ومشقة، فالعجز: أن يكون مريضًا يعجز عن الحركة، فإن حضره الحاكم لزمه الأداء، وأمَّا المشقة فضربان: خطر وأذى، فالخطر خوفه من سلطان جائر، أو من عدو قاهر، أو من فتنةٍ عامة.

قلت: أو خوفه من غريم وهو معسر ولا بينة له بإعسار وسيأتي هنا الحق بذلك بما فيه قال فيسقط عنه فرض الإجابة حتى يزول عذره، وأمَّا الأذى فضربان:

أحدهما: ما يتوقع زواله كالحر والبرد الشديدين والمطر الجود فما دام هذا الأذى باقيًا ففرض الإجابة ساقط، وأمَّا الدائم فنوعان ثم ذكر ما سبق عنه من مفارقة البلد وعدمه واتساع البلد وضيقه، ثم ذكر أن الأعذار المالية ضربان: خوف ضياع ماله، وتعطيل اكتسابه، وقد ذكرناه.

وأمَّا حفظ المال فأن يكون مقيمًا على حفظه ولا نائب له فيه، فإن ضمن له الداعي حفظه لم يلزمه إجابة وائتمانه.

قلت: ولا يبعد أنه إذا أتاه بحافظ يأتمنه الشاهد أن تلزمه الإجابة.

فرع يجمع متفرقات تقدم أكثرها:

قال ابن أبي الدَّم: لا تقبل الشهادة في الحقوق المالية، أي التي للآدمي إلا بشروط:

أحدها: تقدم الدعوى ـ أي: الصحيحة ـ بالحق المشهود به.

وثانيها: استدعاء المدعي أداءها من الشاهد.

وثالثها: إصغاء الحاكم إليه واستماعه منه وهل يشترط في صحة سماعها إذنه في الأداء؟ فيه نظر ظاهر وهو من الأدب الحسن.

....

قلت: سبق بيانه وأنه المذهب، قال القاضي أبو الطيب: ولا يأمره الحاكم بالأداء بل يقول من كان عنده شيء فليقله.

ورابعها: لفظة: أشهد، وهي متعينة على المذهب الصحيح.

وخامسها: أن يقتصر في شهادته على ما ادعاه المدعي احترازًا عمَّا لو ادَّعى ألفًا فشهد له بألفين فلا تثبت بالزيادة.

قلت: وفي ثبوت الألف المدعي به قولان تقدما.

قلت: أسلفت في الإقرار كلامًا شافيًا فيما لو كان قد قبض دينه وادَّعى بباقيه، كيف يؤدي الشاهد؟ وذكرت فيه خلافًا وبحثًا لا بدَّ من معرفته.

وسادسها: أن يؤدي كل شاهد ما تحمله مصرحًا به في لفظه كما سيأتي.

وسابعها: أن ينقل الشاهد ما سمعه أو رآه إلى الحاكم من إقرار أو بيع أو إتلاف أو قبض أو غير ذلك، فيقول في الإقرار: أشهد على إقراره لو حضرت العقد بينهما أو عاينته أتلف، فلو قال: أشهد أنه يستحق في ذمة هذا درهمًا فأوجه:

المذهب: إنها تسمع، **قلت**: أوضحناه في «أدب القضاء»، ويتعين استفسار العامي والمخالف للقاضي في المذهب.

فَرْعٌ: قال ابن أبي الدَّم: ثم اعلم أنه إذا كان قد شهد على مقر عنده بدين أو أقر ببيع أو شراء فليكتب في رقم الشهادة: أشهدني المقر على نفسه بذلك، أو بما أقرَّ به، وليرد الشهادة كذلك، وقد شاهدنا جماعة من الشهود المتصفين بالعلم يكتب في رقم شهادته: أشهد على إقرار المقر فلان ابن فلان بذلك، أو بمضمون هذا الكتاب، ويؤدي شهادته عند الحاكم كذلك، وهو عندنا بعيد عن الصواب؛ لأن إقرار المقر مشهود به، والمقر هو المشهود عليه، فقوله: أشهد على إقرار زيد غير صحيح؛ لأن إقرار زيد ليس مشهودًا عليه، بل زيد هو المشهود عليه، وإقراره مشهود به، والصواب أن يقول: أشهدني زيد على نفسه بما أقرَّ به، وهذا قَلَّ من يتنبه له في زمانا هذا، الأمر له قدم راسخ في هذا

....

العلم ووفق له وليس سببه إلا الغفلة عن هذا العلم، والإعراض عن طلب الحقائق فيه.

قلت: وكلامه فيما إذا كان المقر قد استرعاه الشهادة، أمَّا لو سمع إقراره أو عاين فعله ولم يسترعه فقد بيَّنه المَاوَرْدِي كما سبق بيانًا شافيًا، وما ذكره الحموي في صورة الاسترعاء ينبغي أن يكون هو الأولى؛ لأنه أصح معنى وأوضح، وأمَّا تصويبه فبعيد.

ورأيت في عبارة الشَّافِعِي في «الأم»، وفي عبارات الأصحاب ما يشهد بصحة ما صوب عليه، بل هو هو، وقال تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنۢ بَنِىٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ عَلَىٰ مِثۡلِهِۦ﴾ [الأحقاف: ١٠].

وفي الحديث: «**عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ**»[(١)] فالصواب القبول، ومعنى الشهادة عليه الاطِّلاع عليه، والإخبار عنه بصيغة الشهادة لا يفهم منه غير ما ذكره.

فرع سبق أكثره:

قال المَاوَرْدِي: ينبغي للشاهد إذا شهد عند الحاكم على رجل أن يستوفي الشهادة بذكر السبب الموجب للحق حتى لا يخرج الحاكم إلى مسألته عن سبب وجوبه، فيقول: أشهد أنه أقر عندي، أو حضرت عقد بيع، وجب به، فإن أغفل ذكر السبب وقال أشهد أن عليه ألف درهم فينبغي للحاكم أن يقول: من أين شهدت عليه؟ ولا يقول: كيف شهدت عليه؟ لأن قوله: كيف شهدت عليه قدح، وقوله: من أين شهدت استخبار، وللحاكم أن يستخبر الشاهد، وليس له أن يبتدئ بالقدح فيه، فإذا سأله: من أين شهدت؟ فينبغي أن يبين له هل شهد على إقراره بالحق وعن حضور السبب الموجب للحق ليزول به الاحتمال عن شهادته بأنه لم يخبره، فقد قام الحاكم بما عليه من السؤال وقصر الشاهد فيما إليه من الجواب، فينظر الحاكم في حال الشاهد، فإن كان

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ١١٠، رقم ٧٠٤٥)، والبيهقي في الشعب (٧/ ٤٥٥، رقم ١٠٩٧٤)، وابن عدي (٦/ ٢٠٧)، والعقيلي (٤/ ٦٩).

....

فيه غفلة لم يحكم بشهادته؛ لاحتماله مع الغفلة، وإن كان ضابطًا متيقظًا حكم بشهادته؛ لانتفاء الاحتمال بالضبط والتيقظ، وإن لم يسأله الحاكم فالحاكم هو المقصر، وحكمه بالشهادة نافذ؛ لأن سؤاله استظهار، وتُحمل الشهادة على ظاهر الصحة إلا أن يثبت ما ينافيها، انتهى.

وسبق كلام ابن أبي الدَّم وغيره في ذلك، والخلاف في حالة الإطلاق، وإنه إذا استفسره القاضي هل يلزمه التفسير؟ وسبق أن معظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة تحوج الحاكم إلى الاستفسار وهو المختار.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو ادَّعى عليه ألف درهم لم تسمع الشهادة حتى يقولوا: ألف درهم تلزمه أن يؤديها إليه، أو يشهد بأن له عليه ألف درهم حَالَّة، وإنما يسعهم أن يشهدوا لذلك إذا سمعوا منه بأن له عليه ألف درهم حَالَّة أو شاهدوا شراء شيء بألف درهم، فإن إطلاقه يقتضي الحلول فيسعهم أن يشهدوا، كذلك ما إذا سمع رجلًا يقول لفلان: علي ألف درهم ولم يقل حالًا، فلا يسع بجواز أن يكون مؤجلًا.

قلت: وينبغي أن يؤدي كما سمع في الشراء وغيره من غير تصرف أصلًا، وسيأتي في «الدعاوى» ما قد ينازع فيما ذكره، وأن إطلاق الشهادة يحمل على الحلول.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: المحبوس في بيت هؤلاء الظَلَمة إذا أشهد على إقراره بمال لهم أو تقدم أو تقدم إليك مع أعوان الظالم؛ فالمستحب ألَّا يشهد عليه، ولا يكتب الخط في المحضر، وإن كتب أن يكتب الحال، وإذا شهدت فإنك تشهد أنه مع جماعة من الأعوان أو في بيت ظالم، ويدعي المقر أنه كان مكرهًا، فيكون القول قوله مع يمينه، وكذا إذا باع منعه من ظالم، كما قال الشَّافِعِي في الأسير في أيدي الكفار فسجد للصنم فلما تخلص قال: كنت مكرهًا، ولا تبين امرأته، انتهى.

وقوله: المحبوس، المراد حصوله في دور الظَلَمة لا أنه مسجون، وما

....

قاله حق إذا دلت القرائن على عدم الرضا والخوف.

فَرْعٌ: مما يجب التَّنْبِيه له الشهادة على الواقفين في كتب الوقف المطولة المشتملة على شروط كثيرة لا تنضبط غالبًا إلا بالكتابة، فيجب ألَّا يشهد فيها على الواقف بإنشائها على ذلك الوجه، وإن كانت الشهادة على الإنشاء أولى وأكمل من الإقرار غالبًا بكل الوجه هاهنا أن يقرأ الكتاب على الواقف فصلًا فصلًا، ثم بعد إنهاء قراءته يشهد إقراره بأنه وقفه على الوجه المشروح فيه بعد اتفاقه عليه وإحاطته به، أمَّا الشهادة على نفس الإنشاء على الوجه المشار إليه فلا أحسبه يصح أصلًا، ولا سيما إذا كان الواقف غبيًا أو أعجميًا، بل الشهادة بإقراره بذلك فيها ما فيها.

فَرْعٌ: قال ابن الرِّفْعَة: هل تسمع شهادة البينة بالمجهول ثم يطالب بالبيان كما يطالب المقر بالمجهول به أم لا لأنها مأخوذة من البيان؟ فيه وجهان في «المهذب» و«الشامل» و«البيان»، وجزم في «الشامل» بقبول الشهادة على الإقرار بالمجهول، وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، فحصل أوجه: ثالثها: تسمع على الإقرار بالمجهول، ولا تسمع الشهادة بالمجهول، وهل تسمع الشهادة على الحاضر من غير إشارة إليه؟ قال أبو إسحاق: نعم، وكلام القاضي الحسين يفهمه، وقال غيره من أصحابنا: لا إذا أمكنت الإشارة إليه، صرَّح به القاضي أبو الطيب عند الكلام في شهادة الأعمى.

قلت: وكان القبول فيما إذا كان المشهود عليه متميزًا للقاضي والشاهد يعينه باسمه ونسبه مع حضوره، وإلا فتجب الإشارة لا محالة، ولا يبعد تنزيل الكلامين على حالين.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: إذا اجتمعت شرائط وجوب الأداء فلا يرهق الشاهد إرهاقًا، بل لو كان في صلاة أو حمام أو على طعام فله التأخير إلى أن يفرغ، وعن ابن القطان حكاية قولين أنه هل يمهل إلى ثلاثة أيام؟ قال ابْن كَجٍّ: والظاهر المنع، انتهى.

....

فأشار الرَّافِعِي إلى طريقتين.

وقال في «الرَّوْضَة»: ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور.

وقال الدَّارِمِي: إن سألا النظرة فليس عليه إلا حسب العرف، وقيل: قولان كالمولى، وقيل: لا ينظر قولًا واحدًا، انتهى.

فنقل ثلاث طرق، وقوله: حسب العرف، أحسن من قولنا: حتى يفرغ، ومن العرف وقت تصدي الحاكم للحكم، ويجوز أن يقال: إن خيف فوت الحق بالتأخر تعينت الإجابة على الفور، حيث لا مانع ضروري، وإلا فعلى العرف.

فَرْعٌ: ذكر المَاوَرْدِي فصلًا مطولًا في «أدب القاضي» مع الشهود أوردته في «الْغَنِيَّة» فمن مقاصده: إنه ينبغي للقاضي أن يكف عن محادثة الشهود، أي: في مجلس حكمه، ويكفوا عن محادثته، ويكون كلامه لهم مقصورًا على الإذن في الشهادة، وكلامهم مقصورًا على آدابها، ويغضُّوا عنه أبصارهم، ولا يلقنهم شهادة، ولا يتعبهم فيها، ولا يسألهم عن سبب تحملها، فإن أخبروه به كان أولى إن تعلق به فصل بيان، وزيادة استظهار، وكان تركه أولى إن لم يفد.

قلت: وذكر في باب الشهادة على الشهادة كما قدمناه عنه أن ينبغي للشاهد أن يستوفي الشهادة بذكر السبب الموجب للحق. . . إلى آخره، وهذا حيث لا يجب الاستفسار وبيان الأسباب.

قال: ولا ينبغي للقاضي أن يستدعيهم للشهادة، ولا ينبغي لهم أن يبدأوا بها إلا بعد استدعائهم لها، والذي يجب فيه أن يستأذن المشهود له القاضي في إحضار شهوده، فإذا أذن له أحضرهم، وقال لهم القاضي: ثم تشهدون على وجه الاستفهام، ولم يقل: اشهدوا، فيكون أمرًا، ويكون القاضي فيه بالخيار بين أن يقول ذلك للشاهدين، فيقدم من شاء منهما بالشهادة، ولا يحتاج الثاني إلى الإذن بعد الأول، وبين أن يقول ذلك لأحدهما، فيبدأ بالشهادة، ولا يكون للآخر أن يشهد إلا بعد إذن آخر.

قلت: وينبغي أن يبدأ في هذه الحالة بالإذن للأعلم الأعدل، ولو بدأ

....

الأول فاستوفى الشهادة، وقال الثاني: أشهد بمثل ما شهد به لم تصح شهادته حتى يستوفيها لفظًا كالأول؛ لأنه موضع أداء وليس موضع حكاية، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وبهذا يظهر ذلك أنه لا فرق عنده بين أن يقول بمثل ذلك: أشهد أو بذلك أشهد، وإن كان العمل في وقتنا على الثاني.

وقال ابن أبي الدَّم: وما قاله المَاوَرْدِي حسن صحيح، وعندي أن قول الشاهد عند الأداء أشهد بما وضعت به خطي لا تسمع أيضًا، بل لا بد من تصريحه بما شهد به، وهو ظاهر، انتهى.

وصرَّح ابن عبد السلام في «الفتاوى الموصلية» فقال: لا يعتمد على قول الشاهد أشهد بما رسمت وفي نسخ بما وضعت به خطي بهذا الكتاب، ولا بقول القاضي: اشهدوا على ما وضعت به خطي في هذا الكتاب من غير ذكر ما فيه لإجماله واتهامه، انتهى.

ومثله قول نقيب الحاكم له: تشهد الجماعة على مولانا بما نسب إليه في هذا الكتاب أو في هذه الكتب، فيقول: نعم، ومثله ما يكتب في المحاضر المشتملة على الوفاة، وحصر الورثة وغير ذلك من الحقوق المتبوعة، فيكتب الشاهد ويتم شهادته: أشهد بصحة مضمونة، ويؤديها بهذا اللفظ، ويكتب هذه الصيغة عن العامي الأُمي بإذنه، ويؤمر بالأداء بها، ولا شك في فساد هذا الأداء لا سيما من العامي الذي لا يعرف مدلول هذا اللفظ، وأكثرهم لو سئل عن مضمونه لم يدر ما هو، كما عايناه مرارًا عند الاستفسار، ولا يشعر أنه شهد شهادة فاسدة لغباوته، بل أقول: لو كان فقيهًا عالمًا بما تحمله وأداه لا ينبغي أن يكتفي منه بهذا الأداء قطعًا، بل لا بد من التصريح بما يحمله على وجهه، ومن المحن قبول حكام الزمان من كل أحد كما عايناه حتى يلقن نقيب المجلس الأعجمي والتركي هذه الصيغة، فلا يحسن إيرادها بالعربي إلا بعد الجهد، فإنا لله وإنا إليه راجعون.

فُرُوعٌ: في «فتاوى» الغزالي: أنه لو قال المشهود عليه: أشهدت على نفسي

....

بما في هذا الكتاب، ولم يقر علي، وليس في الكتاب أنه قرئ عليه، أو قال: لم أعلم بما فيه، هل يمنع ذلك من الحكم أو يكون القول قول المشهود له مع يمينه أنه علم؟ فأجاب: لا تقبل الشهادة عليه بأن قال: أشهدكم علي بما في هذا الكتاب ما لم يتحقق الشاهد أنه عالم بما في الكتاب، فإن قال: أنا عالم بما في الكتاب لم يكف ذلك، إن كان أميًّا وإن كان كاتبًا كفي ذلك، ولم يسمع قوله: أني لم أعلم، فإن ادَّعى فالقول قول المشهود له، وفيها أنه هل يجوز للشاهد أن يقول للمشهود عليه: أشهد عليك بجميع ما نسب إليك في هذا الكتاب من غير أن يقرأ عليه عنده ليعلم ما فيه؟ فأجاب: لا يجوز ذلك في حق الأمي، وإن قال: أعلم ما فيه؛ لأن التلبيسات على الأمي تكثر فيه، وإن كان كاتبًا فأخذ الكتاب من يده وأمن التعيين، جاز ذلك والاحتياط هو التفصيل، انتهى.

ورأيت في «أدب القضاء» للدبيلي أنه لو قال: اشهد بجميع ما في هذا الكتاب فقد قرأته وعلمته، ما جاز أن يشهد حتى يقرأه عليه ويسمعه ويفهمه، وكذلك إذا كتب القاضي سجلًا، ثم قال للعدول: اشهدوا على خطي بجميع ما في هذا الكتاب لم يجز حتى يقرأ عليهم ويسمعهم ويفهمهم، انتهى.

وهو ينازع في تفصيل الغزالي، وذكر أنه لو جاء إلى كاتب فقال: اكتب في هذا الكتاب لزيد عليّ ألف درهم، فجاء زيد يطلب منه أداء الشهادة لا يجب عليه أن يشهد؛ لأنه أمره بالكتابة فقط، ولم يقل لزيد علي ألف درهم فإن قال: لزيد علي ألف درهم فاكتب في هذا الكتاب أو في هذا الكاغد فهذا يلزمه أن يشهد به إذا طلب منه.

قلت: وفي القسم الأول احتمال ظاهر؛ لأنه لا يفهم العامي من ذلك إلا الإشهاد عليه، والاسترعاء كالثاني.

في «قواعد» ابن عبد السلام: لو دُعي الشاهد في وقت واحد إلى شهادتين متساويتين في إجابة من شاء إلى الداعيين وإن اختلف الحقَّان، فإن خيف فوات أحدهما دون الآخر وجب البدار إلى من يخشى فواته وإن لم يخف ذلك يُخيّر.

....

قلت: ويحتمل أن يقال: يقرع، وإن يقال: يجب من تحمل له أولًا وهو بعيد، وأن يفرق بين من يحمل له قصدًا واتفاقًا، وأن يفرق بين أن يكون أحد الداعيين، ويتولّى الحاكم عنه والآخر المدعي، وبين أن يدعوه القاضي الكبير وخليفته برسوليهما، ولو دُعي إلى أداء وإلى تحمل، أجاب داعي الأداء فيما يظهر، إلا أن يكون التحمل أهم بكثير، ففيه وقفة.

وسكت الشيخ عند تساوي الحقين عن تفاوت الداعيين للتحمل، ويشبه أن يقال: يقدم الجار والقريب على غيرهما رعاية لحقهما، فلو تعارض الجوار والقربات فتردد له نظير في التصدق وإجابة الدعوة، والله أعلم.

خاتمة: أوردها الرَّافِعِي عن الصَّيْمَرِيّ قال: لا ينبغي التحمل وبه ما يمنعه من الضبط وتمام الفهم؛ كجوع، وعطش، وهم، وغضب، كما سبق في القاضي.

قلت: هذا وإن احتمل الحال التأخير أو الحوالة على غيره، وإلا تحمل واحتاط في الضبط.

إذا أتى من لا تجوز الشهادة له كصبي ومجنون لم يلتفت إليه، وإن أتى بكتاب أنشئ على خلاف الإجماع فكذلك وتبين فساده، وإن أنشئ على ما يختلف الفقهاء فيه وهو لا يعتقده، فعن بعض الأصحاب أنه يعرض عنه، قال: وليس كذلك، بل تثبت شهادته فيه وينقله إلى الحاكم عند الحاجة، فيحكم باجتهاده وقد مرَّ هذا الخلاف أو مثله، انتهى.

وعبرت «الرَّوْضَة» وإن أنشئ على مختلف فيه وهو لا يراه فهل يعرض عنه أم يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده؟ فيه وجهان سبقا وفي اختصاره مناقشات:

منها: إن الصَّيْمَرِيّ صحح الجواز وتبعه الرَّافِعِي.

ومنها: قوله: سبقا، والظاهر أنه غير ما سبق، أو أعم منه؛ لأن ذاك مفروض فيما إذا كان القاضي المرفوع إليه يعتقد الجواز، والشاهد بخلافه،

....

وهنا إطلاقه يشمل القاضي الموافق والمخالف، وينبغي أنه إذا كان المشهود مما ينقض فيه حكم الحاكم أن يعرض عنه، وإذا كان الشاهد لا يرى ما حمل إليه، وقاضي البلد كذلك وهو مقلد لا يخرج عن مذهب مقلده، فيشبه أيضًا أنه لا يشهد لعدم الفائدة، ويجب عليه أن يبين الحال الذي ألحق بصحة واجبه، بخلاف ما إذا كان القاضي له اجتهاد يحكم به، كما اقتضاه كلام الصَّيْمَرِيّ.

وإذا رأى على الكتاب كلمة مكروهة أو معادة فلا بأس بالضرب عليها؛ سيما إذا لم يسبقه بالشهادة أخذ، وإن أغفل الشاهد ما لا بد منه ألحقه، أي: وبيَّن في رسم شهادته إلحاقه، وإن رأى سطرًا ناقصًا شغل موضع النقصان بخط أو خطين، وإذا قرأ الكتاب على المتتابعين مثلًا وقال عرفني ما فيه، فقالا: نعم، أو أجل، أو بلى، كفى للتحمل، ولا يكفي أن يقول المحمل: الأمر إليك، أو إن شئت، أو كما ترى، أو استخير الله تعالى.

قلت: وسبق وجه في قوله أشهد أنه لا يكفي، وإذا سمع إقرار بدين أو عتق أو طلاق فله أن يشهد به على المذهب، ولكن لا يقول ولا يكتب: أشهدني بذلك.

قلت: وقد بينا ما يقول من قبل، قال: ويثبت الشاهد في الكتاب الذي يتحمل فيه اسمه واسم أبيه وجده، ويجوز أن يترك اسم الجد، وأن يتخطى إلى حدٍ أعلى لشهرته، ولا يثبت الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب، فيميز بالكنية.

الأوْلى في الدين المؤجل أن يقرر من له الدين أولًا بأن يقول: ما الذي لك على هذا، فإذا قال: كذا مؤجلًا، أي: إلى كذا، قرر المدين به لو أقر المدين أولًا، فقد ينكر صاحبه الأجل فيقع في الخلاف، وفي السلم يقرر المسلم إليه أولًا خوفًا من أن ينكره المسلم لو أقر صاحبه أولًا، ويطالبه بالمدفوع إليه.

....

قلت: وهذا إذا حضرا عند الشهود، فإن حضر المقر فقط شهد عليه بما يقر به على نفسه، وينبغي أن يسأل: هل قبض رأس المال في السلم قبل التفرق أم لا؟ وكذا كل ما يخفى من مصحح ومفسد احتياطًا.

قال: وإذا أتى الشاهد القاضي لأداء شهادة أبعده عن يمينه، وإذا كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله، فإذا سأله المشهود له استأذن القاضي ليصغي إليه.

وعن أبي عاصم العبادي أن الشهادة قبل استئذان القاضي وسؤاله لا تصح، والظاهر الأول، نعم لو شهد من غير استئذانه، وقال القاضي: كنت ذاهلًا لم أسمع، لم يعتد بما جرى، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي: وتقدم بعض الشهود في المجلس والخطاب بحسب ما يتميزون به من علم وفضل، فإن حضروه في مجلس حكمه جلسوا في مقاعدهم المعروفة في مجلسه، ورتَّبهم على اختياره وقطع تنافسهم فيه، فإن التنافس يوهن العدالة، فإن تنافسوا في التقدم في أداء الشهادة كان قد جافى عدالتهم كالمتمانع في أدائها، وإن تنافسوا في التقدم في الجلوس لم يقدح في عدالتهم ما لم يتنابذوا.

قال: ويجوز في غير مجلس الحكم أن يحادثهم القاضي ويحادثوه، ويؤانسهم ويؤانسوه، بما لا تنخرق به الحشمة، ولا تزول معه الصيانة، فأمَّا حضورهم في مجلس الحكم فعليه وعليهم التحفظ والانقباض فيه أكثر مما عليهم في غيره، فإن أحب القاضي أن يفردهم عن مجلسه في موضع معتزل ليستدعوا منه لإقامة الشهادة كان أوْلى، وكانوا منه بمنظر ومسمع، وخصَّ منهم شاهدين بمجلسه ليشهدوا بما يجري من الدعاوى والأحكام، وإن أحضرهم جميعهم في مجلسه جاز، وكانت ميمنة مجلسه أوْلى بهم من ميسرته، فإن افترقوا في الميمنة والميسرة جاز، وإن كان اجتماعهم أوْلى، وقدمت بقية كلامه. . . إلى آخره، وبالله التوفيق.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ.

وَفِي عُقُوبَةٍ لِآدَمِيٍّ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ) أي: كالأموال وحقوقها والأنكحة، والبيوع، وسائر العقود والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرجعة، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء، وسواء حق الله تعالى، كالزكوات، والوقوف على المساجد والجهات العامة، وحق الآدمي على اختلاف أنواعه، لعموم قوله تعالى: ﴿ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ولدعوى الحاجة إلى ذلك؛ لأن شهود الواقعة قد يموتون أو يغيبون، وغير ذلك من العوائق.

قال: **(وَفِي عُقُوبَةٍ لِآدَمِيٍّ عَلَى الْمذهَبِ)** أي: كقصاص وحد قذف، أي: في حد لله تعالى؛ لأن حق الآدمي مبني على المضايقة والتشديد؛ لاحتياجه، وحق البارئ سبحانه بالضد منه؛ لاستغنائه، وسبق ذكر الخلاف في النوعين في كتاب القاضي إلى القاضي، والأصح المنع في حدود الله تعالى، ورتَّب جماعات الخلاف فقالوا إن جوزنا في حق الله تعالى ففي حق الآدمي أوْلى، وإن منعنا هناك فهاهنا قولان، وإذا أخذت مطلق العقوبة.

قلت: في القضاء على الغائب بذلك ثلاثة أقوال: ثالثها: الفرق وهكذا حكم الشهادة على الشهادة، كما أشار إليه الرَّافِعِي هنا، وقال الدَّارِمِي وغيره هنا: تجوز الشهادة على الشهادة، حيث يقبل كتاب القاضي إلى القاضي، انتهى.

ولكن الخلاف في حق الآدمي ساقط أنكره بعضهم، بخلاف حدود الله تعالى ففيها قولان منصوصان، ورجح مرجحون الجواز، منهم الشيخ أبو حامد، وهو الأقيس، كما قال إبراهيم المروزي: واعلم أنه سبق في كتاب القاضي إلى القاضي أن منهم من جعل الخلاف في حدود الله تعالى إنما هو في سماع البينة، فأمَّا في إنفاذ الحكم فإنها بمنزلة شهادة الأصل تقبل في حق الله تعالى وحق الآدمي جميعًا قولًا واحدًا، وحينئذ لو كان التفريع على أصول

....

شهدوا على الحاكم أنه حكم بالحد صح التحمل من الفرع والأداء قولًا واحدًا، وكنت أود لو قيل: إن ما يحتم استيفاؤه من الحدود تقبل الشهادة فيه على الشهادة دون غيره منها، وخرَّج ابن القاص الشهادة على الشهادة بإحصان من ثبت زناه على قولين، قال: أصحهما: المنع؛ لدرء الحدود بالشبهات.

قال: واتفق الشَّافِعِي والكوفي على أن الشهادة على الشهادة في أن القاضي حدَّ فلانًا جائزة، **قلت**: على مذهب الشَّافِعِي الشاهد تفريعًا، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: إنه لا خلاف فيه.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي مذهبًا: إنه يجب على الشاهد أداء الشهادة لا الإشهاد على شهادته، خلافًا لبعض فقهاء العراق، يعني من غير أصحابنا.

قال: والذي أراه أوْلى المذهبين عندي أن يعتبر بالحق المشهود فيه إن كان مما ينتقل إلى الأعقاب كالوقوف المؤيدة، لزمه الإشهاد، وكذلك الإجارة المعقودة إلى مدة لا يعيش إليها غالبًا، وكذلك الديون المؤجلة الأصل البعيد.

وقال شيخه الصَّيْمَرِيّ في شرح «الكفاية»: إذا كان للشهود عدد، فلا بأس أن يشهدوا على شهادتهم، وقيل: في لزومه وجهان:

أحدهما: يلزمهم؛ لأنه غاية ما يستطاع من الأداء.

والثاني: لا يلزمهم؛ لأن الشاهد إنما يلزمه إذا قدر، فأمَّا إذا لم يقدر فلا شيء عليه، وهذا ما عزاه في «الذَّخَائِر» إلى الأكثرين، فحصل ثلاثة أوجه.

وقال ابن أبي عصرون في كتابيه «المرشد» و«التَّنْبِيه»: والإشارة إلى الأحكام المختارة ولا يجب على شاهد الأصل أن يشهد على شهادته إلا أن يخاف ضياع الحق المشهود به.

وقال في «الانتصار» بعد ذكره نقل المَاوَرْدِي واختياره السابق: وقال الشاشي: الأخير يجب أن ينبني على أنه هل يجب على الحاكم الإسجال له؟ لا.

قال ابن أبي عصرون: وعندي أنه يختلف بحال شاهد الأصل، فإن كان في مرض أو يريد الجهاد ونحو ذلك وجب، وهو في معنى كلام الشَّافِعِي؛ لأنه

....

إذا لم يخف فوت الحق فشهادته كافية فيه، فلا يجب عليه الإشهاد، وإذا خافه وجب؛ لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه، ولا يجب عليه حفظه إلا عند خوف الهلاك، انتهى. وما قاله حسن.

والمتجه أنه يلزمه ذلك إذا غلب على ظنه ضياع الحق بامتناعه كمن حضره الموت وآيس الحياة وتعذر عليه الأداء عند الحاكم، ولا سيما إذا تضمن ذلك عصمة دم محترم، أو بضع.

وذكر ابن الرِّفْعَة قول الشاشي في «الحلية»: وعندي أنه لو بني هذا على وجوب الإسجال على الحاكم فيما حكم به وكتبه المحضر كان أشبه، ثم قال فيه نظر؛ لأنه جمع في كلامه بين الإشهاد على القاضي وكتبة المحضر، والإشهاد على القاضي واجب بلا خلاف، والكتبة تختلف فيها، فاقتضى كلامه أن يكون الإشهاد على شهادة واجب بلا خلاف، وفي وجوبه خلاف، وهذا تناقض بيِّن، ثم لو سلم من ذلك لما كان التشبيه بكتبة المحضر مناسبًا أصلًا، وفي التشبيه بإشهاد القاضي نظر؛ لأن إشهاد القاضي يفيد أمرًا زائدًا على البينة، ولا كذلك بشهادة على الشهادة، انتهى.

وفي اعتراضه نظر، أمَّا الأول: فسبق عن رواية شُرَيْح الرُّويَانِي نقل طريقين في وجوب الإشهاد على القاضي بالحكم: ثانيهما: إنه على الخلاف في التسجيل، ويجريان من طريق الأولى في الشهادة عليه بما ثبت عنده ولم يحكم به.

وأمَّا الثاني: فالخلاف في الإشهاد عليه محكي فيما حكم به وفيما أثبته من غير حكم، والثاني في معنى الشهادة على الشهادة، بل هو عينها، كما صرَّح به الإمام وغيره، وعلى هذا فالبناء ظاهر جلي، ووقع في «الذَّخَائِر» هذا البناء عن الشيخ أبي إسحاق لقول معلق «الحلية».

قال الشيخ الإمام ظنًا منه أن هذا قول الشاشي عن الشيخ أبي إسحاق: وإنما هو قول معلق «الحلية» عن الشاشي، وفي نسخ منها قال: قال الشيخ الإمام المصنف: وعندي فاعلم، وقدمت أنه إذا غلب على ظنه ضياع الحق أنه

وَتَحَمُّلِهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأُشْهِدُك أَوْ اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ يَسْمَعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ، أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا عَنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي هَذَا وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا، ....

يلزمه ذلك، وكذا لو لم يخف ضياعه، ولكن أداؤه بنفسه يتأخر لغيبته الطويلة، أو حبسه، لما في التأخير من الإضرار بالمستحق، لا سيما إذا كان مضطرًا إلى أداء الشهادة على الفور لأسباب كثيرة، وهل هي إلا أمانة يؤديها إلى من أراد مستحقها، ويحمل كلام الجمهور على ما إذا لم يتضرر الطالب بذلك، وإنما أراد الاحتياط.

قال: (**وَتَحَمُّلِهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأُشْهِدُك أَوْ اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ يَسْمَعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ، أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا عَنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي هَذَا وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا**) اعلم أنه إنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت، ولمعرفته أسباب:

أحدها: أن يسترعيه الأصل فيقول: أني شاهد على زيد لعمرو بكذا، وأشهدك على شهادتي، أو يقول: أشهدتك، أو اشهد على شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي فقد أذنت لك في أن تشهد، أو تقول: أُشهدك على شهادتي أن فلانًا أقرَّ لفلان بكذا، أو اشهد على شهادتي أن لفلان على فلان كذا، ونحو ذلك، أمَّا لو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت بها لم يكن استرعاء، قاله في «الأم» ونقلاه في «الْحَاوِي» و«الشامل» عنه ولا بدّ من تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم أو أتيقن ونحوهما لم يكف، كما لو أدى لذلك، وقيل: إن اللفظ الذي لا تردد فيه يقوم مقام لفظ الشهادة، ولا يشترط على الصحيح أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شهادتي وعن شهادتي، لكنه أتم بقوله: أشهدك على شهادتي تحميل، وقوله: عن شهادتي إذن في الأداء، كأنه يقول: أدِّها عني، ولإذنه أثر في الطرفين، ألا ترى أنه لو قال: بعد التحميل: لا يؤدي عني تلك الشهادة امتنع عليه الأداء.

....

والثاني: يشترط ذلك في الاسترعاء وفي الأداء، ونسبه المَاوَرْدِي إلى البصريين، وحكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن بعض الأصحاب، ونسبه الْفُورَانِي إلى بعض العلماء، والمذهب الأول، وأما أنه لا يكفي سماع قوله لفلان على فلان كذا، أو أشهد بكذا، أو عندي شهادة بكذا لا على صورة أداء الشهادة، بل قاله في طريق أو سوق مثلًا؛ لأنه قد يريد عدة كان قد وعدها، ويشير بكلمة على إلى أن مكارم الأخلاق يقتضي الوفاء بها وتنزيلها منزلة الدين، وأيضًا فقد يتساهل بإطلاق ذلك لغرض صحيح أو فاسد.

ولو دُعي لأدائها لأصم وهذا بخلاف إقرار المرء على نفسه، حيث لا يحتاج إلى استرعاء على المذهب؛ لأن المقر يحتاط لنفسه غالبًا، وإلا فهو مقصر في حق نفسه، نعم لو قال: عندي شهادة مجزومة، أو لا أتمارى فيها، ونحو ذلك، ففي جواز التحمل وجهان.

قال الرَّافِعِي: والموافق منها لإطلاق الأكثرين المنع أيضًا، وسوى الغزالي في «بسيطه» بين هذه الصورة بيان الأسباب الآتية، وحكى فيهما وجهين لقول إمامه أن الوجهين هنا يقربان من الوجهين فيما إذا ذكر السبب.

وقضية «النشر» و«التقريب» ترجيح الجواز، وهو ظاهر لانتفاء ما سبق من التساهل، وضبط إبراهيم المروزي مسائل التحمل بقوله: كل موضع لا يحتمل إلا الشهادة يصير شاهدًا على شهادته.

السبب الثاني: أن يسمعه يشهد عند القاضي أن لزيد على عمرو كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يسترعه؛ إذ لا يقيمها عند القاضي إلا بعد تحقق الوجوب، وحكى شُرَيْح الرُّويَانِي وغيره وجهًا: إنه لا يجوز حتى يسترعيه، وهو شاذ، وفي معنى ذلك الشهادة عند المحكم، سواء جوَّزنا التحكيم أم لا، قاله الْفُورَانِي والْبَغَوِي وغيرهما، ونقله الإمام عن الأصحاب مطلقًا، وقيل: إنما يتحمل إذا جوزنا التحكيم، وهو الجواب في «الإشراق» و«روضة الحكام»، وإذا حصل استرعاء معتبر لم يختص التحمل عن استرعائه، بل لزيد التحمل والأداء باسترعائه عمرًا، خلافًا لأبي حنيفة، قاله المراوزة والرافعي،

....

وأرسل شُرَيْح الرُّويَانِي فيه وجهين.

قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: لو قرأ القاضي سجله، ولم يشهدهم على ذلك جاز لهم أن يشهدوا عليه؛ لأن إقرار القاضي بالقضاء كالإنشاء، وهذا معنى قول شيخه القاضي الحسين: يجوز أن يتحمل الشهادة على القاضي في مجلس حكمه قضيت بكذا، وإن لم يسترعه، وللحاكم والمحكم أن يشهد على شهادة من شهد عندهما إذا لم يبق الحكم بذلك.

السبب الثالث: إذا بين الشاهد سبب الوجوب فقال: أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع، أو قرض، أو أرش جناية، أو غيرها، جازت الشهادة على شهادته، وإن لم يكن ذلك عند قاض ولا حكم ولا وجد منه استرعاء؛ لأن إسناده إلى السبب يرفع احتمال الوعد، قال الرَّافِعِي: هذا ما يوجد لعامة الأصحاب، وحكى الإمام وجهًا آخر أن ذلك لا يكفي للتحمل، ورآه أظهر.

قلت: وعزاه إلى الأكثرين، قال: لأنه إن زال احتمال الوفاء بالعدة بقي إمكان التجوز والتوسع، فإن الإنسان إنما يتثبت في مجلس القضاء أو مجلس الاسترعاء، وكأنه أراد أكثر المراوزة، وهو قضية ما في «التهذيب» و«الْكَافِي».

قال الْبَغَوِي: لأنه ما لم يسترعه ويتحقق الوجوب، وعجب إشارة الرَّافِعِي إلى تفرد الإمام بنقله، وهو ما في «التهذيب»، وهو عمدته، وعزاه الـمَاوَرْدِي إلى بعض البصريين.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي: إنه نص في الإملاء أنه لو قال: ـ يعني شاهد الأصل: أشهد أنه لا يجوز لهما أن يشهدا، أما لم يقل فاشهدا على شهادتي، أو بما شهدت، أو اشهدا على ما شهدت به؛ لأن قوله: اشهدا أمر، ولا يلزم الائتمار حتى يتحقق عندهما وجوب الحق، وذلك لا يتحقق ما لم يقل على شهادتي، انتهى.

وقد يؤيد إطلاق هذا النص ما رجحه الإمام من أنه لا يكفي ذكر بيان السبب، وقال الدَّارِمِي: وهل يحتاجان ـ أي: شاهدا الأصل ـ أن يقولا:

وَلِيُبَيِّنِ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاءِ جِهَةَ التَّحَمُّلِ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ فَلَا بَأْسَ،

اشهدا علينا، أو يكفي اشهدا؟ على وجهين.

تَنْبِيهَاتٌ: أفهم قول المصنف: وتحملنا بأنه يسترعيه. . . . إلى آخره الحصر في الأسباب الثلاثة، وهو قضية قول غيره، وجهات التحمل ثلاث فذكرها، وقد ضممنا إليها أسبابًا أخرى.

قال الصَّيْمَرِيّ: ولا بأس إن شهد شهود الفرع على شهادتهم أيضًا إذا دعت إلى ذلك ضرورة، قال: ولو قالا لرجل: أنت أشهدتنا على شهادتك في كذا، فقال: ما أذكر، أو قال: نسيت، أو ما لي علم، لم يكن لهما أن يشهدا على شهادته، ولو كانت المسألة بحالها، وشاهد الأصل منكر أن يكون أشهدهما، يشهد شاهدان أنه قد أشهدهما على شهادته كان لهما أن يشهدا، فلو كانت المسألة بحالها فقال شاهد الأصل: أشهد على شهادتهما أني أشهدتهما على شهادتي لم يجز هذا بلا شك، انتهى.

قال: (**وَلِيُبَيِّنِ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاءِ جِهَةَ التَّحَمُّلِ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ فَلَا بَأْسَ**) وقع في كيفية الأداء للأصحاب عبارات مختلفة فنورد كلام الرَّافِعِي أولًا.

قال: الفرع عند أدائه بين جهة التحمل، فإن استرعاه الأصل قال: أشهد أن فلانًا يشهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه، بيَّن أنه شهد عند القاضي، وأنه أسند المشهود به إلى سببه.

قال الإمام: وذلك لأن الغالب الجهل بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم بعلم، ووثق به القاضي، جاز أن يكتفي بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، انتهى.

وقال في «الْبَسِيط»: ثم الواجب على شاهد الفرع أن يحكي مستندًا بحمله من قوله: سمعته في مجلس القضاء، يقول: أشهد أو أشهدني على شهادته، وأذن لي، والغرض أنه ربما لا يعرف جواز التحمل، فتأمل القاضي، وإن كان الرجل عارفًا واستفصله القاضي فله أن يصر ويقتصر على قوله: أشهد على

....

شهادة فلان بأن لفلان على فلان كذا، أي: ولا يلزمه بيانه، كما صرَّح به في «الوسيط»، وكلام «الْحَاوِي» يقتضي خلافه، فإنه عد أداء الشهادة على الصفة التي تحملها شرطًا.

وعلى تفصيل الإمام اقتصر الرَّافِعِي والمصنف، وهو ظاهر الحسن، وأحسبه من تصرفه ﷺ، فإنه قال: ثم لما ذكر الأصحاب وجه تحمل الشهادة على الشهادة ذكروا كيفية إقامة الفرع الشهادة، قالوا الوجه أن يقول: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وأذن لي أن أشهد إذا استشهدت، وأنا الآن أشهد على شهادته، فيحكي ما جرى على هذا الوجه، ولو كان تحمل الشهادة لجريانها في مجلس القضاء فالأَوْلى أن يذكر ما جرى على وجهه، وإنما رأينا حكاية الحال يتطرق إلى ذلك من الإشكال، فقد يتحمل الإنسان الشهادة على شهادة الأصل، حيث لا يجوز له أن يحملها كما سبق التفصيل في كيفية التحمل، وإذا تطرق ريب لم يدفعه إلا التفصيل كما مهدناه.

وإن قال: **الفَرْعُ**: أشهد على شهادة فلان، ووصف شهادة فلان، وكان عالمًا بكيفية تحمل الشهادة ووثق القاضي به ورآه مستقلًا في مثل ذلك، فلو أراد أن يكتفي جاز له ذلك، والغالب على الناس الجهل بتفاصيل التحمل، وبحسب ذلك يتطرق الريب ويتحتم طلب التفصيل في حكم الناس، نعم؛ فيما ذكرنا طرف من الإطناب يحصل الاستقلال دونه، فإنه إذا قال: أشهدني فلان على شهادته وقال لي: اشهد على شهادتي، كفى ذلك مع تفصيل شهادة الأصل، فإنها المقصودة. هذا لفظ «النهاية».

وأمَّا ظن أن التفصيل من تصرفه لأني لم أره لمن يقدمه، وسكت ساكتون عن وجوب هذا التبيين، وقد أطلق الْبَغَوِي في «التعليق» أنه يستحب للقاضي أن يسأل شاهد الفرع بأي سبب ثبت هذا المال، ببيع، أو إقرار، أو سلف، ولو لم يسأل جاز، وكذا أطلق غيره جريًا على ظاهر النص، ولم يفرقوا بين الشاهد العالم وغيره.

وعبارة «تعليق» إبراهيم المروزي: أمَّا أداء الشهادة على الشهادة فيقول:

....

أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وأذن لي في أن أشهد إذا استشهدت، وأنا الآن أشهد على شهادته، فيحتاج إلى ثمان شينات.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وعند أداء الشهادة، قال القاضي الحسين: ينبغي أن يقول: تسع شينات، فيقول: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا، وقال أشهدكم على ذلك، فإذا استشهدتم فأشهدوا، وأنا الآن أشهد على شهادته، قال القاضي: وإذا كان شاهد الفرع سمع من شاهد الأصل بين يدي الحاكم أو محكم أو كان يشهد الغير فسمع هو من بعد، يكفي أن يقول: أشهد على شهادة فلان ابن فلان أن لفلان على فلان كذا.

قال الْبَغَوِي: عندي وجب أن يكتفي بهذا القدر في جميع المواضع، انتهى.

وهذا يقتضي أن القاضي الحسين يقول في صورة الاسترعاء: إنه لا بد من الصيغة المذكورة، وهو قضية كلام إبراهيم المروزي.

وفي «روضة الحكام»: والأداء أن يقول: أشهد أن فلانًا ابن فلان شهد أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا، وأشهدني على شهادته بكذا، فإن لم يكن استرعاه قال: سمعته شهد عليه نحو، ويذكر الجهة التي تحمل الشهادة عليها، وقد قيل: أشهد أن فلانًا ابن فلان يتعهد عندي أنه يشهد على فلان بكذا، وأشهدني على شهادته، وسألني أن أشهد، وأنا أشهد فيذكر الشهادة في ستة مواضع، وقيل: إذا قال: أشهد أن فلانًا أشهدني على شهادته جاز، انتهى.

وكلامه يفهم إثبات خلاف في الإجزاء، وعبارة الدَّارِمِي: ويقول: أشهد أن فلانًا ابن فلان ـ يذكر شاهد الأصل ـ أشهدني على نفسه بكذا، ويذكر كيف كان في وقت كذا وإن لم يؤرخ جاز وإن كانا سمعاه يسترعي غيرهما أو يشهد عند حاكم حكياه وإن سمعاه حسب فحكياه لم يقبل، انتهى.

وذكر ابن الصباغ وغيره أنه يقول في حالة الاسترعاء: أشهدني فلان ابن فلان وأنا عارف به عينًا واسمًا ونسبًا على شهادته، وزاد بعضهم: وعن شهادته

وَلَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ، وَلَا تَحْمِلُ النِّسْوَةُ.

كما سبق أنه يشهد بكذا بتاريخ كذا.

قال القاضي أبو الطَّيّب: ومن أصحابنا من يقول: وهو بالغ جائز الشهادة، وفي «الْحَاوِي»، وأما صحة الأداء فمعتبرة بخمسة شروط:

أحدها: صحة التحمل كما سبق.

وثانيها: إقامته على شهادته كما سيأتي.

وثالثها: عجزه عن الأداء كما سيأتي.

ورابعها: أن يسمي الفرع الأصل، فلو قال: الفَرْعُ: أشهدني في عدل رضي، لم يقبل حتى يسميه؛ لأن تزكية الشهود إلى الحاكم دون غيره.

وخامسها: أن يؤدي الشهادة على الصفة التي تحملها، فإن قال: أشهدني على شهادته، ولم يقل: عن شهادته، ففي صحة أدائه وجهان، قال: وهذا أصح ما قيل في أداء الفرع، فإن قال: الفَرْعُ: أشهد عن فلان ابن فلان الشاهد جاز، ولو قال: أشهد عليه، لم يجز؛ لأن الحق على المقر لا على الشاهد، انتهى ملخصًا.

وبالجملة فكلام الجمهور يقتضي اشتراط بيان جهة التحمل من غير فرق بين متحمل ومتحمل، والشيخان تبعا الإمام على تفصيله السابق.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ**) أي: لكفر، أو فسق، أو غفلة، أو رق، أو عته، أو صبا، أو عداوة، ونحوها؛ لأنهم غير مقبولي الشهادة، ويؤخذ من كلام المصنف وغيره أن كل من ترد شهادته المعادة كما بيناه لا تصح المظاهرة عليها، وإن كان كاملًا ولا مانع به وقت التحميل؛ لأنه لو ادَّعاها بنفسه لم تقبل، ويشمل هذا قول أبي سعد الهروي: إذا ردت شهادة الأصل لمعنى من المعاني لمتقبل شهادة الفروع.

قال: (**وَلَا تَحْمِلُ النِّسْوَةُ**) أي: وإن كان الأصول أو بعضهم نساء، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع ونحوهما، أو في مال؛ لأن شهادة الفرع تثبت شهادة الأصل لا ما شهد به الأصل، ونفس الشهادة على الشهادة ليست بمال،

فَإِنْ مَاتَ الْأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةَ الْفَرْعِ.

وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ مَنَعَتْ، ....

ويطلع عليها الرجال، هذا هو المذهب.

وحكي وجه في الولادة ووجهه أنها تقبل حيث يعلن، وعبَّر عنه الدَّارِمِي بأنه يجوز فيما يجوز أصله كقول أبي حنيفة، وصرَّح الدَّارِمِي بجريانه في قبولهن منفردات فيما يقبلن فيه منفردات، وسبق في كتاب القاضي إلى القاضي كلام يأتي مثله هنا.

فَرْعٌ: لو تحمل فرع واحد عن أصل فيما يثبت بشاهد ويمين فأراد والحق أن يحلف مع هذا الفرع لم يجز؛ لأن شهادة الأصل لا تثبت بشاهد ويمين، ولو شهد على أصل واحد فرعان فله الحلف معهما قاله المَاوَرْدِي.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ الْأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةَ الْفَرْعِ**) لأن ذلك ليس ينقض فلا يؤثر، أمَّا عند الموت فهو إلغاؤه، بل قال الشعبي: لا تسمع لا هاهنا فقط، وحكاه ابن يونس عن المسعودي من أصحابنا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم أره لغيره.

قلت: وأحسبه تحريفًا من ناقل، وأمَّا عند المرض فرفعًا للمشقة، والمراد به: ما يجوز ترك الجمعة لا ما يجمع الحضور، كما قاله الإمام، وفيه ما سيأتي، وأما «الْغَنِيَّة» فسيأتي ما قيل فيها.

قال: (**وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ مَنَعَتْ**) ووجهه الإمام بأن هذه الحالات لا تهجم دفعة واحدة، بل الفسق يورث الريبة فيما تقدم، والردة تشعر بحيث سابق في العقيدة والعداوة بضغائن كانت مستكنة، وليس لمدة الريبة من قبل ضبط، فيعطف إلى حال التحمل، هذا ما جزم به الإمام ومن تبعه ما دامت بالأصل هذه الأحوال.

وقال القاضي الحسين: لو كان شهود الأصل عدولًا حالة تحمل الفرعين، ثم طرأ عليهم فسق أو ردة، فالظاهر من المذهب أن ذلك يوقع ريبة في شهادة الفرع، فأشار إلى احتمال له أو وجه فيهما، وهو وجه؛ إذ في «شرح الكفاية»

وَجُنُونُهُ كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ.

للصيمري: ولو ارتد شهود الأصل لم تبطل شهادة الفرع، وأبدى الإمام احتمالًا في إلحاق الردة بالفسق، مأخذه أن طرآنها على المقذوف لا يقدح في الحصانة على النص، بخلاف طرآن زناه فإنه يقدح على النص.

قال الصَّيْمَرِيّ: ولو شهد الفروع فقيل الحكم بها رجع شهود الأصل أو فسقوا لم يحكم بشهادة الفرع، ورأيت في «روضة» شُرَيْح: إنه لو فسق شاهد الأصل بطلت شهادة الفروع، فإن تابوا صحَّت شهادتهم ولا تعود شهادة الفروع، ولو ارتد الأصول أو جُنُّوا أو ماتوا أو خرسوا لم تبطل شهادة الفروع، فجزم بالفرق بين الردة والفسق كما سبق عن الصَّيْمَرِيّ، والذي في «إشراق» الهروي وغيره التسوية بينهما كما هو المشهور.

فَرْعٌ: لو زالت هذه الأمور فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول وجهان، قال شُرَيْح وغيره: لا ويحتاج إلى تحمل جديد، وصححه الإمام والغزالي والشيخ في «أصل الرَّوْضَة» وإبراهيم المروزي.

وقال الإمام: إنه الذي لا يجوز غيره، فعلى هذا هل يحتاج أن يقول: أشهدني على شهادته، وكان عدلًا إلى اليوم وإلى أن مات، إن كان مات فيه وجهان، والوجه الثاني في الأصل: إنه لا يحتاج، قال الرَّافِعِي: وهو قضية إيراد «التهذيب»، وزيَّفه الغزالي وإمامه، وهو الجواب صريحًا في «تعليق» الْبَغَوِي و«الْكَافِي» وسبق عن «روضة الحكام» الجزم به، والظاهر الأول.

وقال الغزالي في «الْبَسِيط» عن الثاني: إنه متغاير في صورتي العمى والجنون جدًا، فإنه اتجه في جهة الفسق لانعطاف شبهة، فهذا لم يبن شبهة فما وجه الحاجة إلى التجديد؟ انتهى.

قال: **(وَجُنُونُهُ)** أي: جنون شاهد الأصل.

(كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: الذي أورده الجمهور، وأُجرِي الوجهان في طرد العمى وأولى بأن لا يؤثر؛ إذ لا تبطل الأهلية بالكلية والحاصل فيهما ثلاثة أوجه.

....

قال الإمام: والمذهب الذي يجب القطع به: إنه لا أثر لهما، وما عداه، فخبط في المذهب، والثاني: يؤثران لبطلان أهليتهما، والثالث: إن الجنون يمنع بخلاف العمى، وألحق القاضيان الهروي وشريح الرُّويَانِي والدارمي الخرس بالجنون بناء على ما سبق من منع قبوله.

فَرْعٌ: لو أغمي على الأصل، قال الإمام: إن كان غائبًا لم يؤثر، وإن كان حاضرًا لم يشهد الفرع، بل ينتظر زواله، فإنه قريب الزوال.

قال الرَّافِعِي: وقضيته أن يكون الجواب كذلك في كل مرض يتوقع زواله قريبًا؛ لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه، زاد في «الرَّوْضَة».

قلت: وليس كما قال الرَّافِعِي، بل الصواب أن المرض لا يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريبًا؛ لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه، انتهى.

وهذا التصويب والفرق عجب، وإذا انتظر إفاقة المغمى مع عدم أهليته فانتظار المريض الأهل أولى بلا شك. نعم؛ رأيت في «تعليق» الْبَغَوِي ما لفظه: قال شيخنا الإمام: ولو أدى الشهادة في حال جنون الأصل وإغمائه وجب أن يجوز كما يجوز الموت، انتهى.

ولم يفرق بين الحاضر والغائب، والظاهر أن القائل قال شيخنا الإمام: هو المعلق عن الْبَغَوِي يشير بذلك إليه كما استقرأته من كلامه.

وعبارة «التهذيب»: قال الشيخ: وإن أدى في حال جنون الأصل أو بعد ما غمي تقبل كما لو أدى بعد موت الأصل.

وعبارة «التعليق»: وإغمائه كما رأيته والله أعلم، ولك أن تدخل صورة الإغماء في إطلاق الجمهور المرض.

وقال ابن الرِّفْعَة بعد ما سبق عن الإمام والرافعي: ولو قيل أنه يسلك بالشهادة على شهادته مسلك تزويج موليته كما ذكرنا في النكاح لم يبعد، بل أَوْلى لما عرف من الفرق بينهما، انتهى.

....

فُرُوعٌ: قال الهروي وشريح الرُّويَانِي: لو بطلت شهادة الأصل بمعنى من المعاني لم تقبل شهادة الفروع، ويدخل في ذلك ما لو شهد لقريبه، وهو محجوب ثم أشهد على شهادته ثم مات الحاجب، وصار شاهد الأصل وارثًا، وما إذا شهد لزيد بشيء ثم أشهد على شهادته ثم أوصى زيد به له أو أوصى إليه في أمر أطفاله، ومات، أو وكَّله في المخاصمة فيه فخاصم وما يشبه ذلك، والحاصل أن كل معنى ردت به الشهادة إذا صار الأصل إليه قبل إقامة الفرع الشهادة لم تقبل شهادة الفرع، قاله الدَّارِمِي، وكذا لو صار إليه بعد أداء الفرع وقبل الحكم فيما يظهر، والله أعلم.

لا أثر لحدوث شيء من المعاني السابقة بعد القضاء بشهادة الفرع، أمَّا لو زال العذر قبله كحضور الغائب وشفاء المريض امتنع القضاء للقدرة على الأصل، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء امتنع الحكم بخلاف ما بعد الحكم، وكذا لو قال شاهد الأصل: لا أعلم أني حملته، أو نسيت، ويجوز ذلك كما لو كذبه، ولو قضى القاضي ثم قامت البينة على أن الأصل قد أكذب الفرع قبل القضاء فالقضاء منقوض، ذكره الإمام والرافعي، وسبق عن الصَّيْمَرِيّ أن الأصل لو أنكر أن يكون قد أشهدهما، فشهد اثنان أنه كان قد أشهدهما على شهادته أن لهما أن يشهدا، أي: على شهادته، وقضيته: إنه لو قامت بينة بعد الحكم أنه كان قد أشهدهما على شهادته لم ينقض، وهو ظاهر.

وقال ابن أبي الدَّم: كلام الإمام في التكذيب مؤذن بصورتين: إحداهما: سماع القاضي تكذيب الأصل الفرع، والثانية: قيام بينة عنده على تكذيبه وفيه نظر! فإنه متى سمع القاضي تكذيب الأصل يطلق شهادة الفرع لحضور الأصل لا بالتكذيب، إلا أن يقال: صورته أن الأصل حضر وكذب الفرع، فيطلب شهادته بالحضور، وجاء التكذيب بعده، فإذا غاب الأصل المسافة المعتبرة لم يقبل الفرع قولًا واحدًا لا لطرآن الحضور؛ لأنه قد زال، بل لطرآن التكذيب، وهذا حسن لطيف وقصور أيضًا بأن الأصل سافر عن بلد الفرع إلى بلد آخر، ثم اتفق سفر القاضي إلى هناك فشافهه الأصل بتكذيب الفرع، ثم عاد القاضي

....

بلد شاهدي الفرع، ثم إن كان الموضع الذي كذب الأصل الفرع فيه من عمل القاضي فله العمل بتكذيبه قولًا واحدًا، وإلا كان على قولي العلم، وهذه الصورة أعوض من الأولى.

ثم قال الإمام هنا: إذا قضى بشاهدين ثم قامت بينة بفسقهما حالة القضاء ففي حكمه قولان، وقد ذكرنا أنه إذا قضى بشهادة فرعين ثم قامت بيّنة أن شهادة الأصل كذب شاهدي الفرع قبل القضاء بشهادتهما أنه ينقض الحكم قولًا واحدًا، قال: وقد يعتبر الفرق في ذلك ولم يذكر فرقًا.

قال ابن أبي الدَّم: ونحن نجد بينهما فرقًا فادحًا لا نرى ذكره أدبًا مع الإمام، انتهى.

وقال الغزالي في «الْبَسِيط»: ولا ينفك الفرق من إشكال، والظاهر أن الإمام إنما جمع بين الحضور والتكذيب؛ لأنهما مانعان قطعًا بخلاف الحضور المجرد، ففيه نزاع كما سنذكره.

وعبارة «الْبَسِيط»: ومن الموانع قطعًا حضور شهود الأصل وتكذيبهم شهود الفرع، فإن قامت البينة على تكذيبهم وهم غيب، فذلك يمنع، وأما حضور الأصل قبل الحكم فمانع على المشهور، وعن القاضي الحسين تخريج وجه: إنه إذا حضر الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع أنه يحكم بشهادة الفرع، وأرسل إبراهيم المروزي الوجهين بأنهما يقضي بها ولا يبطل؛ لأنه ينقض المقصود وهو أداء الشهادة، انتهى.

وحكم بر الأصل حكم قدومه إذا حمل الأصول الفروع الشهادة على رجل لا يعرف الفروع اسمه ولا نسبه جاز، ولهم أن يشهدوا على عينه وكذا على نسبه إن عرفوا اسمه ونسبه، ولو كان الشهود لا يعرفون عين المشهود له، وتحملوا الشهادة على نسبه جاز.

وقال القاضي الحسين والفوراني: وكل من حكاه وادعى أنه فلان ابن فلان فعليه أن يؤدي الشهادة له، ثم ينظر فإن أقرَّ الخصمان بأنه هو فلان ابن

وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ فَأَدَّى وَهُوَ كَامِلٌ قُبِلَتْ.

وَيَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ اثْنَانِ.

فلان، وإن تناكرا فعلى المدعي إقامة البينة على اسمه ونسبه، فإن قامت بينة بذلك حكم له، انتهى.

وفي «فتاوى» القاضي: إنه لو أقرَّ رجل فقال: لفلان ابن فلان علي كذا، وأشهد عليه شاهدين، فجاء رجل وقال: أنا فلان ابن فلان الذي أقرَّ لي بالحق عندكما، فاشهدا لي فليس لهما أن يشهدا حتى يعرفا أنه هو المقر له، فلو أقام الرجل بينة عند القاضي أنه فلان ابن فلان حينئذ يشهد أن لديه، قال ابن الرِّفْعَة: وهذا مناقض لما تقدم، فليكن في المسألتين جوابان، انتهى.

وأجوز أن صورة الفتاوى غير التي قبلها فتأمل وتمهل.

قال: (**وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ**) أي: (**أَوْ صَبِيٌّ**) أو كافر كما قاله الأصحاب.

(**فَأَدَّى وَهُوَ كَامِلٌ؛ قُبِلَتْ**) أي: على الصحيح المشهور كما في الأصل إذا تحمل وهو ناقص ثم أدى بعد كماله، وحكى ابن أبي الدَّم وجهًا عن رواية الشيخ أبي علي أنه تعتبر عدالة شهود الفرع عند التحمل، وأبداه القاضي الحسين احتمالًا؛ لأن هذه ولاية فعلى هذا لو حسن حاله عند الأداء لم يقبل.

قال: (**وَيَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ اثْنَانِ**)؛ إذا شهد اثنان على شهادة أصل واحد وآخران على شهادة الثاني تقديم النصاب بلا كلام، والفرض فيما يثبت بشهادة أصلين فقط [ولا يمكن][(١)] أن يشهد فرع فقط على شهادة أصل وآخر على شهادة الثاني هذا هو المتقرر خلافًا لأحمد؛ لأن الفرع يثبت شهادة الأصل وهي لا تثبت بواحد كما لو شهد واحد على إقرار مقر وآخر على مقر، وادعى الرَّافِعِي أنه لا خلاف فيه؛ لكن الشيخ أبو محمد حكى فيه قولين في «السلسلة» بلا ترجيح وأما مسألة الكتاب وهي ما لو شهد اثنان على شهادة الأصلين معًا ففيه قولان:

---

(١) في نسخة: (ولا يكفي).

....

أحدهما: وبه قال مالك وأحمد وأبو حنيفة يجوز؛ لأنهما شهدا على قول اثنين فصار كما لو شهدا على إقرار مقرين وهذا ما رجحه أصحابنا العراقيون والإمام والغزالي وصاحب «العدة».

والثاني: المنع؛ لأنهما إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين كانا كشاهد واحد قام بشهادة أحد الشطرين فلا يقوم بهما الشطر الثاني كمن شهد مرة على شيء لا يشهد عليه مرة أخرى، وكما لو شهد أصالة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل الثاني، وهذا ما اختاره الـمُزَنِيّ وهو المنصوص في «الْبُوَيْطِي» ولفظه وكان يقول: لا يجوز إلا شهادة شاهدين على شهادة رجل وآخران غيرهما على شهادة آخر، وكذلك لا تجوز إلا شهادة رجلين على كل امرأة وهذا هو الأصح في «تعليق» القاضي الحسين و«التهذيب» و«الْكَافِي» و«مختصر» الجويني و«خلاصة» الغزالي و«المعتبر» و«أمالي» السرخسي و«التهذيب» و«تعليق» الْبَغَوِي وقال إنه ظاهر المذهب، وذكر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أن النووي صححه وهو سهو من ناقل أو غيره، ووقع في «الْبَسِيط» و«الوسيط» أن مذهب الـمُزَنِيّ الجواز وهو منتقد أيضًا؛ بل المشهور عنه المنع، قال الرَّافِعِي: وربما سموه الجديد ومقابله القديم.

قلت: صرح بذلك الْبَغَوِي في «تعليقه» و«تهذيبه» وصاحب «الْكَافِي» قال الرَّافِعِي: والقولان فيما ذكره الشيخ أبو حامد وطبقته مبنيان على أن الفروع يقومون مقام الأصول، ويثبت الحق بشهادتهم ثبوته بشهادة الأصول والفروع يثبتون شهادة الأصول أو الحق يثبت بشهادتهم وفيه قولان يوجبه، أولهما: بأن الواحد لا يجوز أن يشهد أصالة ومع فرع على شهادة الأصل الثاني ولولا قيام الفروع مقام الأصول في إثبات الحق لجاز؛ لأن شهادتيه حينئذٍ تتوجهان نحو شيئين مختلفَيْن، وثانيهما: وهو الأصح بأنهم مصرحون بالشهادة على شهادة الأصول ولم يشهدوا فعلًا ولا سمعوا قولًا، فعلى الأول من قام بأحد شطري البينة لا تقوم بالثاني كالأصول، وعلى الثاني لا بأس كما لو شهد على إقرار شخصين.

....

قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يكون الخلاف السابق في أن التساهل لهن يدخل هاهنا مبنيًا على هذا الأصل وقضيته إثبات خلاف في أنه هل يجوز أن يشهد فرع على شهادة هذا وفرع على شهادة هذا؟ لم يذكروا فيه خلافًا، انتهى.

قلت: في «سلسلة» الجويني: نُقِلَ قول قديم للشافعي أنه تثبت شهادة الأصل الواحد بشهادة فرع واحد كالخبر، قال ابن أبي الدَّم: ولم أرَ من حكاه غيره، انتهى.

وفي «الْحَاوِي» أن القولين يبنيان على أن الحق يثبت بشهادة الأصول أو شهادة الفروع، وفيه قولان وصحح القاضي الحسين الأول وهو أنه يثبت لشهود الأصل، وحكى إبراهيم المروزي هذا البناء عن بعض الأصحاب ثم قال: وهذا ليس بقوي؛ بل الأصح أن يقال: يثبت الحق بشهادة الأصول والفروع بدليل أن لو رجعوا اشتركوا في الغرم، انتهى.

ثم قال المَاوَرْدِي: فإن قلنا يثبت بشهود الأصول فعليه يصح أن يشهد شاهد الفرع على كل واحد من شاهدي الأصل، وإن قلنا: إن الحق يثبت بشهادة الفروع، فلا يجوز أن يشهد الفرع الواحد عن أصلين، قال: وقد عكس أبو حامد الإسفراييني ذلك فجعل ثبوت الحق بشهود الأصل مانعًا من أن يشهد شاهد الفرع على كل من شاهدي الأصل، وقال: إن عكسه البناء وهم وأنه عكس الصواب؛ لأن الحق إذا ثبت بشهود الأصل فهو تحمل بحق واحد يجوز ثبوته بشاهدين، وإن قلنا يثبت بشهود الفروع فهو تحمل شهادة على شاهدين فلم يجز أن يتحملاها عنهما؛ لأنهما يصيران فيها كأحد الشاهدين.

قال ابن أبي الدَّم: وما اختاره المَاوَرْدِي عندي أقرب إلى الصواب التفريع إن قلنا بالأول المرجح في الكتاب فكان المشهود به قصاصًا أو نكاحًا ونحوهما كفى شاهدان، وعلى الثاني لا بد من أربعة وعلى هذا لو شهد أربعة على كل واحد من شاهدي الأصل فوجهان: أصحهما في «الْبَسِيط» و«الوسيط» الجواب.

وَشَرْطُ قَبُولِهَا تَعَذُّرُ أَوْ تَعَسُّرُ الْأَصِيلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمًى، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورُهُ، .....

قال الإمام: إنه الذي لا يجوز غيره؛ إذ قد شهد على شهادة كل واحد شاهدان فتعرضه لشهادة الآخر لا يضر، ولو كان المشهود مما يثبت بشاهد وامرأتين كالأموال والأصل شاهد وامرأتان فعلى الأول يكفي شاهدان يشهدان على الرجل وكل من المرأتين وعلى الثاني لا بد من بينة.

وقال الدَّارِمِي: وإن قلنا: يجوز شاهد وامرأتان بأحد القولين شاهد وامرأتان يدورون، والثاني ثلاثة رجال وست نسوة ولو كان مما يثبت بأربع نسوة كالرضاع فعلى الأول يكفي شاهدان على كل امرأة منهن، وعلى الثاني لا بد من ثمانية، قال الدَّارِمِي: ومن قبل النساء فيما يقبلن في أصله لزمه هاهنا أربع نسوة على الأول، وعلى الثاني أربع لكل واحدة أي: شهد كل أربع على امرأة فتكون الفروع ست عشرة امرأة.

ولو كان مما لا يثبت إلا بأربعة رجال كفعل الزنا إذا أثبتناه بالشهادة على الشهادة فعلى الأول هل يكفي شاهدان أم لا بد من أربعة؟ فيه قولان مثبتان على القولين في الإقرار به ووجه الشبه أنهم لا يشهدون على فعل الزنا على قول يثبته، فإن أثبتنا الإقرار باثنين كفى هاهنا اثنان يشهدان على كل واحد من الأربعة، وإن لم يثبت الإقرار إلا بأربعة فلا بدّ هاهنا من أربعة يشهدون على كل واحد من شهود الأصل، وعلى الثاني فيما يكتفى به قولان يثبتان على ما ذكرنا فإن أثبتنا الإقرار باثنين كفى هنا ثمانية يشهد كل اثنين على واحد وإن لم يثبت الإقرار إلا بأربعة فلا بدّ هاهنا من ستة عشر يشهد كل أربعة منهم على واحد من شهود الأصل، وإذا جمعت ذلك جاء في المسألة أربعة أقوال يكفي اثنان يكفي أربعة يكفي ثمانية لا بد من ستة عشر، قال الدَّارِمِي: فإن كانت في قذف فالقولان كالإقرار فإن كان الأصل اثنين فأحدهما اثنان والثاني أربعة، وإن كانوا أربعة فأحدهما أربعة والآخر بستة عشر.

قال: **(وَشَرْطُ قَبُولِهَا)** أي: قبول شهادة الفروع على شهادة الأصول.

(تَعَذُّرُ أَوْ تَعَسُّرُ الْأَصِلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمًى، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورُهُ) ما ذكره مفرع على ظاهر المذهب أما إذا بالوجه المحكي عن ابن سلمة وتخريج ابن

....

القاص وإليه ذهب الْقَفَّال والشاشي أنه يقبل شهادة الفرع ولم يتعذر حضور الأصل ولا تعسر فلا حاجة إلى الأعذار المذكورة ونحوها، ولعله مبني على ما حكي عن القاضي أبي حامد أنه لا يجب على الشاهد الحضور عند القاضي للأداء؛ بل إذا اتفق اجتماعهما لزمه أن يؤدي والمذهب خلافه بأن الأقوى في باب الشهادة لا يترك مع إمكانه كما سبق وشهادة الأصل أقوى من شهادة الفرع؛ لأنها تثبت الحق وشهادة الفرع إنما يثبت شهادة الأصل؛ ولأن احتمال الخطأ والخلل يكثر في شهادة الفرع وخذ من هذا أن فرع الفرع لا يقبل مع حضور أصله الذي هو فرع الأصل الحقيقي من طريق الأولى، نعم قضية التوجيه المذكور أنه لو قدر في الشهادة بالمال على شاهدين أنه لا يكفي منه بشاهد ويمين والمذهب الاكتفاء.

تَنْبِيهَاتٌ: **أحدها**: لا خفاء أن البعد يحصل بالموت في حكمه الجنون المطبق والخرس الذي لا إفهام معه كقطع اللسان، وكذا المفهم الذي لا يرجى برؤه إذا منعنا شهادته وأما العمى الطارئ فإن كان حيث لا تقبل شهادة الأعمى فذاك، وإن كانت حيث تقبل شهادته فلا تعذر إذا وجد قائدًا وتبرع له المستحق بقائد أو مركوب ويظهر اعتباره بوجوب ذهابه إلى الجمعة وعدمه كما بيناه هناك ويأتي في الزمن ما سبق.

ثانيها: لا يشترط في المرض ألا يمكنه الحضور وإنما المعتبر أن يناله في الحضور مشقة ظاهرة.

قال الإمام ومن تابعه: وهو ما يجوز لأجله ترك الجمعة.

وقال ابن أبي الدَّم: قال الشيخ أبو علي: المرض المجوز هنا أن يكون صاحب فراش في المرض، قال: وهذا ظاهر؛ لكن اعتباره بالجمعة بعيد، فإن الزمن القادر على أجرة يصرفها إلى من يحمله إلى الجمعة يجب عليه صرف أجرة المثل في ذلك، وقد قالوا الزمانة في الشهادة بمنزلة المرض وليست كالمرض في الجمعة فإن المريض لا يجب عليه بذل أجرة بحمله إلى الجمعة فتبين البائن فرق في هذا العجز، انتهى.

....

ثالثها: المحبوس العاجز عن الخروج للأداء كالمريض وكذا من لا يمكنه الخروج من معزله خوفًا من السلطان.

قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: تقبل شهادة الفرع عليه كما لو كان مريضًا، وصرح الإمام بأن الخوف من الغرم ومن في معناه حكمه ذلك، قال: وكان من الممكن أن يقال: يحضر القاضي بنفسه إلى منزل شاهد الأصل ويصغي إلى شهادته أو يبعث نائبًا عنه يسمع شهادته كما يفعل في حق المخدرة؛ ولكن لا ذاهب إلى هذا أما تكليفه الحضور بنفسه، فلا سبيل إليه؛ لما فيه من تبذله وغض منصبه، وأما الاستنابة فجائزة؛ لكن لا يكلف به؛ إذ فيه سد باب الشهادة على الشهادة التي أجمع سلف الأمة وخلفها على قبولها بعذر المرض في الجملة، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام والغزالي؛ لكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصول والفروع كالمطر والوحل الشديد.

وعبارة «الرَّوْضَة»: وليكن ذلك في الأعذار الخاصة إلى آخره.

وقال ابن الرِّفْعَة: وعينته في المسافة التي لا توجب عليه الحضور للأداء منها موجب للتعذر، ومنها يظهر لك أن خوف الأصل من سلطان جائر ونحوه واتصافه بعذر يسوغ له ترك الجمعة يلحق بذلك كما صرح به الأصحاب، قال الرَّافِعِي: وهذا في الأعذار الخاصة دون العامة التي تشمل الأصل والفرع كالمطر والوحل الشديد، انتهى.

ولك أن تسأل عن حقيقة استدراك الرَّافِعِي؛ فإن أراد به أن العذر العام يشمل الأصل والفرع فلا يكلف واحد منهما الحضور معه فذاك، وإن أراد به أن الفرع لا يقبل أو يسمح بالحضور دون الأصل فبعيد، والظاهر أن مراد الغزالي وإمامه إنا لا نكلف الأصل الحضور مع العذر العام كما لا نكلفه مع العذر الخاص وتجوز الشهادة على شهادته في الحالين، وقد يسمح الفرع

....

بتحمل مشقة الحضور للأداء في المطر والوحل وغيرهما من الأعذار العامة، ولا يسمح بذلك الأصل والحاصل أن الشهادة على الشهادة عند العذر العام مقبولة كقبولها عند العذر الخاص عندنا في الأصل الحضور للأداء ووجود فرع، وقد صرح المَاوَرْدِي أن فرض الإجابة فيما سبق يسقط عند وجود الحر والبرد الشديد والمطر الجوي وأسقط عنه ذلك كان كالمرض وتسمع شهادة الفرع عليه؛ إذا تحمل المشقة وبذلها مع عموم العذر.

واعلم أن قضية ما سبق من اعتبار أعذار الجمعة أنه لو أكل شهود الأصل ماله ريح كريه أو كان بهم ريح كريه كما سبق في أعذار الجمعة والجماعة أن الشهادة على شهادتهم تسمع، ولا أحسب الأصحاب يسمحون بذلك أصلًا وإنما تولد ذلك من إطلاق الإمام ومن تبعه.

رابعها: قال ابن أبي الدَّم: شهد فرعان عندي على أنّ الأصل مريض عاجز عن الحضور فسمعت شهادتيهما وقبلتهما وتأخر ثبوت الحق المشهود به لإقامة شاهد آخر يشهد بأصل الحق ثم إني عدت المريض، ثم فارقته ففكرت أنه هل بطل أداء الفرعين عندي بحضوري عند أصلهما؛ لأنه كان يمكنه الأداء في حال حضوري عنده لو طلب منه كما لو برأ وحضر مجلسي فيكون حضور الحاكم عند الأصل المريض كبُرْئِهِ وحضوره عند الحاكم؟ فهذا محتمل جدًّا، ثم ترجح عندي أنه لا يبطل الأداء السابق بخلاف حضور المريض بعد بُرْئِهِ عند الحاكم وبرؤه فقط ويمكنه من الحضور، وإن لم يحضر، فإن أداء الفرعين يبطل، والفرق بينهما أنه إذا برأ المريض زال عذره المسوغ استمرار شهادة الفرعين على شهادته ومع زوال عذر شاهد الأصل لا يبقى ثبوت بالحق على شهادته شهود الفرع، هكذا رأيته في نسخة بكتابه، وفي أخرى أن شاهد الفرع شهد على شهادة أصل مريض بحق، ولم يؤدياها عندي ثم بعد بحملهما ذلك عدت المريض وفارقته، ثم حضرها صاحب الحق وطلب مني سماع شهادة الفرعين ففكرت، وقلت قد عدت الأصل وكان يمكنه الأداء، ولو أداها لسمعتها وبطلت شهادة الفرعين بأدائها عندي فهل يؤثر هذا في تحملهما

أَوْ غَيْبَةٌ لِمَسَافَةِ عَدْوَى، وَقِيلَ قَصْرٍ.

ويحتاجان إلى تحمل جديد عليه أم لا؟ ففكرت فيه هنيهة ثم ترجح عندي أنهما لا يحتاجان إلى تجديد التحمل ويجوز سماع شهادتهما على شهادته بناء على التحمل الأول؛ لأنه لو حضر شاهد الأصل من «الْغَنِيَّة» ثم سافر سفرًا طويلًا فالتحمل الأول باقٍ وتقبل شهادة الفرع بناء عليه وما ذكرناه أولى، انتهى، وما سبق عن النسخة الأولى والفرق فيه نظر، وينبغي تخريج ذلك على الوجهين السابقين فيما لو حضر الأصل أو يرى بعد أداء الفرعين.

خامسها: في «فتاوى الْقَفَّال» أنه وقع بمرو أن رجلًا اشترى جملًا وذهب به إلى مكة؛ فاستحق وأشهد المشتري هناك ليرجع بالثمن على بائعه، فأفتى الشيخ الْقَفَّال إنما يرجع إذا شهد عدلان أنه اشترى جملًا صفته كذا وقبضه ودفع الثمن ثم استحقه رجل بعينه وقبضه من يده بإقامة بينة على استحقاقه السابق، وقد يتصور أن يكون شهود الشراء أشهدوا على شهادتهم بأن هذا الشيء بعينه اشتراه فلان ابن فلان، ثم إن شهود الفرع صحبوا المشترى والمشتري إلى حالة الاستحقاق؛ فشهدوا أن المستحق هو الذي أشهدهم فلان وفلان على شهادتهما بأنه هو المبيع من فلان البائع ويتصور في الحضر أن يشهد شهود الفرع بأن عينًا قد استحقت من يد فلان بالبينة بمشهدنا، وكان قد أشهدنا على شهادتهما بأنه اشترى ذلك من فلان فيقضي بشهادتهما حينئذٍ.

قال الْقَفَّال: وليس في مسائل الشرع شيء تقبل فيه شهادة الفرع مع شهادة الأصل إلا في هذه الصورة لأجل الحاجة والضرورة؛ إذ شهادة الفرع للاستحقاق على الانفراد لا تنفع، وكذا شهادة الأصل على الانفراد على التعيين لا تفيد فلا بدّ من الجمع إذن وقد أظهر الشيخ الْقَفَّال بهذا الفصل إعجابًا، وذكر أنه من الدقائق فلا يتساهل في ضبطه، انتهى.

فَرْعٌ: قضية كلامهم في كتاب الاعتكاف أنه لا تقبل الشهادة على شهادة المعتكف، وصرح به الدَّارِمِي هنا فقال: إن كانا معتكفين لم تقبل، انتهى.

وهذا في التطوع وغير المتتابع من المنذور وظاهر، أما لو كان نذرًا متتابعًا طويل المدة فينبغي أن يخرج فيه خلاف من الجروح لشهادة تعين عليه أداؤها

....

هل يقطع التتابع؟

إن قلنا: لا، فذاك، وإن قلنا: يقطع، فيشبه أن يكون ذلك عذرًا؛ لأن مشقته تربو على أكثر أعذار الجمعة السابقة بأضعاف لا يقال: يمكنه الأداء في المسجد؛ لأن القاضي قد لا يحضره لعذر عند منزله قد يفوت الحق بالتأخر فتأمله.

قال: **(أَوْ غَيْبَةٌ لِمَسَافَةِ عَدْوَى، وَقِيلَ: قَصْر)** هكذا وقع في الكتاب وهو غير صواب كما سنوضحه فنقول: للشاهد أحوال:

أحدها: أن يكون على مسافة القصر فما فوقها فتقبل شهادة الفروع على شهادته، ولا يكلف الحضور قطعًا رفعًا للمشقة، وقضية إطلاقهم أنه لا فرق بين أن يجد فرعًا يتحمل عنه أولًا لعظم المشقة، ولم يفرقوا بين من يحمل حضرًا ثم غاب، وبين من يحمل في حال غيبته ولا بين من تحمل قصدًا واتفاقًا هنا وفي بقية الصور.

والثاني: أن تكون الغيبة بمسافة العدوى وسبق بيانها، وهي ما ترجع المبكر إلى أهله قبل الليل والمشهور أنه لا تسمع الشهادة على شهادته كالحاضر بالبلد ولا عذر له فيه ما سيأتي.

الثالث: أن تكون الغيبة دون مسافة القصر وفوق مسافة العدوى كما إذا أدركه الليل قبل عوده إلى منزله، وفيه وجهان.

وقال الرَّافِعِي: وإن كانت المسافة دون مسافة القصر فمنهم من أطلق وجهين، والأشبه أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة للأداء لا يمكنه الرجوع إلى أهله ليلًا لم تسمع شهادة الفرع، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين وأجروا ذلك في تزويج المرأة في غيبة الولي وفي الاستعداء، وفي كتاب القاضي إلى القاضي وفي وجوب الحضور على شاهد الأصل للأداء، ومنه يخرج أنه لا تسمع شهادة الفرع إلا أن يكون أصله على مسافة القصر، والأظهر هنا اعتبار ما فوق مسافة العدوى لا مسافة القصر، وإن

....

كان الأظهر في مسألة التزويج اعتبار مسافة القصر، وفرقوا بأن الولي إذا غاب لم يحتج إلى الحضور بل يوكل، والشاهد محتاج إلى الحضور وأيضًا فإن الخصم قد يهرب فيفوت الحق والنكاح لا يفوت غالبًا بهذا القدر من التأخير، انتهى.

وهنا أمور:

أحدها: في «تعليق» القاضي أبي الطيب وغيره من كتب العراقيين أن أصحابنا اعتبروا في المسألة أن يكون في موضع يشق عليه الحضور إلى مجلس الحكم لتعب يلحقه فلا يلزمه الحضور وتسمع شهادة الفرع، ونسبه في «الشامل» إلى الشيخ أبي حامد.

وقال المَاوَرْدِي: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي.

قال الرَّافِعِي: وهذا يجوز أن يحمل على المشقة اللاحقة بالمجيء مما فوق مسافة العدوى ويجوز أن يجعل أعم من ذلك وإلى المحمل الأول مال ابن الصباغ.

قال ابن الرِّفْعَة: لم يمل ابن الصباغ إليه، وإنما المائل إليه الشيخ أبو حامد؛ لأن ابن الصباغ حكى أن أبا يوسف اعتبر في هذه الغيبة ما فوق مسافة العدوى.

ثم حكى عن الشيخ أبي حامد ما تقدم عنه، وأنه قال: وهذا قريب مما قاله أبو يوسف؛ لكن كلام المَاوَرْدِي يميل إلى المحمل الثاني؛ لأن مأخذ الجواز عدم إيجاب الحضور للأداء على شاهد الأصل وسبق عنه أنه إذا دعي إلى خارج البلد لم تلزمه الإجابة سواء قربت المسافة أم بعدت، له مركوب أم لا؛ لأن في مفارقة وطنه مشقة يسقط معها فرض الإجابة.

قلت: بل قال: إنه إذا اتسع البلد ولم يكن عادته المشي في جميع أوطاره ولا مركوب له أنه لا يلزمه كما سبق عنه بلفظه.

وعبارة شيخه الصَّيْمَرِيّ: فإن كان شهود الأصل مرضى أو زمنى وبحيث

....

يبعد عن الحاكم أو أرادوا الغيبة عن بلدهم فلا بأس أن يشهدوا على شهادتهم، انتهى.

فقوله: وبحيث يبعد عن الحاكم؛ يشمل الحاضر بالبلد المتسع الأقطار والخارج عنه.

ثانيها: قال ابن الرِّفْعَة: فيما إذا دعي من خارج البلد ويظهر أن يقال: إن الاعتبار في هذه المسافة بالمسافة التي لا يلزم الحضور فيها للجمعة على من هو خارج البلد، وهي ما لا يسمع منها النداء في موضع الجمعة؛ لأن عدم إيجاب حضور الجمعة في هذه الحالة لأجل المشقة اللاحقة به والأصحاب قد جعلوا المرض المانع من إيجاب الجمعة مجوزًا لشهادة الفرع هنا، وكذا الأعذار المسوغة لترك الجمعة، وكذا ينبغي أن تراعى المشقة التي تسقط بها الجمعة عند الخروج من البلد هاهنا أيضًا، وعلى كل حال فالأظهر اعتبار ما فوق مسافة العدوى لا مسافة القصر، انتهى.

واعلم أن إطلاقهم كما سبق يقتضي أنه لا يلزم شاهد الأصل الحضور من مسافة القصر فأكثر للأداء بحال وهو ظاهر إذا أمكن التفريع على شهادته إما بشهود محضرين من هناك، أو بفروع يحملهم إليه الخصم من بلد القاضي، أو كان هناك حاكم أو نصب الحاكم متوسطًا يقضي بينه وبين خصمه هناك كما سبق، أما لو لم يكن شيء من ذلك أصلًا وتعين حضوره طريقًا في خلاص الحق وفصل الخصومة وكان قد تحمل قصدًا باستدعاء فيشبه أن يلزمه الحضور لأداء أمانته لا محالة لا سيما إذا كان الخطب جسيمًا كقصاص وحد ومال خطير ويحمل إطلاقهم على غير هذه الحالة ويستأنس لما ذكرناه بما قدمناه عن عمر رضي الله عنه.

ثالثها: إذا عرفت ما سبق عرفت أن قول «المنهاج»: «أو غيبة بمسافة عدوى» غير صواب وكان ينبغي أن يقول: فوق مسافة العدوى فإن المسوغ عند المصنف لشهادة الفرع غيبة الأصل فوق مسافة العدوى على المذهب لا غيبته بمسافة العدوى، وقد قدم أنه يدعى من مسافة العدوى ويلزم من ذلك ألا تجوز الشهادة على شهادته كالحاضر، وعبارة «المحرر» هاهنا: فوق مسافة العدوى

وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأُصُولَ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمْ الْفُرُوعُ، فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قُبِلَ، وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ لَمْ يَجُزْ].

على الصواب، ولم يقع كلام «المنهاج» عن قصد وإن وافق بعض ما سبق؛ إذ الاختيار لا يكون كذلك.

قال: (**وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأُصُولَ**) أي: وشرط قبولها أيضًا أن يسمي الفروع عند الأداء، الأصول لتعرف عدالتهم أو ضدها.

قال الرَّافِعِي: يجب على الفروع تسمية شهود الأصل وتعريفهم؛ لأنه لا بد من معرفة عدالتهم وما لم يعرفوا لا تعرف عدالتهم، انتهى.

فلا يكفي قول الفَرْع: أشهدني عدل رضا ونحو ذلك بخلاف ما لو قال: أشهدني قاضٍ من قضاة «بغداد» أو القاضي الذي ببغداد، ولم يسمه وليس بها قاضٍ سواه، على نفسه في مجلس حكمه بكذا، فهل تسمع فيه؟ وجهان، والفرق أن القاضي عدل بالنسبة إلى كل أحد، بخلاف شاهد الأصل فإنه قد يكون عند فرعه عدلًا والحاكم يعرفه بالفسق، فلا بدّ من تعيينه لينظر في أمره وعدالته، والصواب في وقتنا تعيين القاضي لما لا يخفى.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمْ الْفُرُوعُ**) أي: على الأصح؛ بل لهم إطلاق الشهادة ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، وقيل: يشترط أن تقول الفروع أشهدنا على شهادته وكان عدلًا إلى اليوم أو إلى أن مات وقد سبق وهو مفرع على أنه لو فسق ثم تاب لم يكن للفرع أن يشهد إلا بتحمل جديد.

قال: (**فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قُبِلَ**) أي: على المشهور وليس كما لو شهد اثنان ثم زكى أحدهما الآخر فإنه لا يقبل على المشهور، والفرق أن تزكية الفرع الأصل تتمة لشهادته، ولذلك قيل: إنها شرط على رأي فقبلت وهناك قام الشاهد المزكي بأحد شطري الشهادة فلا يصح قيامه بالثاني ولا يشترط أن تتعرض الفروع في شهادتهم لصدق الأصول فإنهم قد لا يعرفونهم به بخلاف من يحلف مع شاهده حيث يتعرض لصدقه؛ لأنه يعرفه.

قال: (**وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ؛ لَمْ يَجُزْ**)

....

يعني: أنه لو وصف الفروع الأصول بالعدالة ولم يسموهم بأن قالوا شهد على شهادة عدلين أو عدول أو عدل رضا مقبول الشهادة لي وعليَّ بكذا لم يصح وفاقًا؛ خلافًا لمحمد بن جرير الطبري الإمام المعدود من أصحابنا؛ لكن لا يعد قوله وجهًا في المذهب كما وهم فيه بعضهم؛ بل له مذهب مستقل.

قال الأصحاب: لأنه قد يكون عدلًا عند الفرع فاسقًا عند غيره أو عند الحاكم؛ ولأنه يسد باب الجرح على الخصم، وسبق في كتاب القاضي إلى القاضي ذكر خلاف في أنه هل يلزمه أن يسمي من شهد عنده في كتابه.

فروع منثورة نختم بها الباب:

قال في «الْكَافِي»: للفروع أن تشهدوا على شهادتهم ولشهود الفروع أيضًا وهكذا أو أن يعدوا وكل واحد أشهد على من يشهده الآخر، ولا يثبت كل واحد من شهود فرع الفرع إلا برجلين على الأصح، ولا يثبت الأصلان إلا بأربعة، ولا الأربعة الفرعيون إلا بثمانية، ولا يثبت الثمانية إلا بستة عشر أي: وهكذا وهذا على ما رجحه هو والْبَغَوِي وغيرهما كما سبق شهدا على شهادة رجل أن هذه الدار لزيد ثم شهدا على شهادة آخر أنها بعينها لعمرو.

قال الشيخ أبو حامد: قيل قولٌ واحدٌ فيثبت لزيد بها شاهد ولعمرو بها شاهد؛ لأنهما ينسبان ولا يناقض في شهادتهما، وإن شهد اثنان أنها لزيد ثم شهدا أنها لعمرو كان تناقضًا ورجوعًا عن الشهادة الأولى، إذا قال شاهد لرجلين: أشهد أني أشهد أن لفلان على فلان كذا فلا نص فيه للشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يشهدان على شهادته؛ لأنه أمرهما ولم يسترعهما، وقال أبو يوسف: يجوز لهما أن يشهدا على شهادته؛ لأن معنى قوله ذلك اشهدا على شاهدتي.

قال في «الشامل»: وهذا أشبه.

وقال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: إنه الذي يجيء على المذهب، ذكر القاضي أبو سعد الهروي في «إشرافه» وتصوره أداء الفرع ما لفظه: فأما

قال المصنف: [فَصْلٌ]: رَجَعُوا عَنْ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ امْتَنَعَ، ....

الأداء فيقول أشهد أني أعرف فلانًا بن فلان بعينه ونسبه شهد على فلان ابن فلان أنه عرفه معرفة صحيحة، وأنه أقر عنده بكذا وأشهدني على شهادته بجميع ما أضيف إلى المقر في هذا الصك، ثم تذكر تاريخ التحمل ثم يقول: وأشهد بذلك وهو عاجز عن الحضور أو غائب غيبة سفر تجوز الشهادة على الشهادة، وأنه عدل عرفته بالعدالة، انتهى.

وأراد بذلك الأداء الكامل وسبق ما في ذلك من الخبط وكان ينبغي أن يقول: على شهادته وعن شهادته؛ لما قيل في اعتبار ذلك.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

رَجَعُوا عَنْ الشَّهَادَةِ) يعني: الشهود بعد الأداء.

(قَبْلَ الْحكمِ؛ امْتَنَعَ) أي: الحكم بشهادتهم.

قال الشيخ أبو حامد: وهو إجماع خلافًا لأبي ثور، وحكى ابن القاصّ والدارمي عن مالك كمذهبه وأنه يمضي الحكم بها وزيفوه؛ لأنه لا يدري أصدقوا في الأول أم في الآخر فلا فَيَنْتَفِي ظَنُّ الصِّدْقِ، ثم إن اعترفوا بتعمد الكذب فهم فسقة يعزرون ويستترون، وإن قالوا غلطنا، لم يفسقوا؛ لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها ولو كانت شهادتهم بالزنا ثم اعترفوا بالتعمد لزمهم حد القذف، وكذا إن قالوا غلطنا على الأصح؛ لما فيه من التعبير وكان حقهم التثبت والاحتياط وعلى هذا ترد شهادتهم، وإن قلنا لا حد فلا ردة، ولو قالوا بعد الأداء توقف في القضاء وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك اقض فنحن على شهادتنا فوجهان: أقربهما عند الرَّافِعِي وأصحهما في «الرَّوْضَة»: الجواز، وعلى هذا هل تجب إعادة الشهادة؟ وجهان، قيل: نعم لبطلان تلك بالتوقف، وبه جزم شُرَيْح الرُّويَانِي وأولاهما في الرَّافِعِي، وأصحهما في «الرَّوْضَة» لا؛ لأنها صدرت من أهلها جازم بها والتوقف الطارئ زال فكأنه لم يكن، والوجه الثاني في الأصل المنع؛ لأن قولهم توقف ورث الريبة والتهمة

أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ أُسْتُوْفِيَ، أَوْ عُقُوبَةٍ فَلَا، ....

في شهادتهم؛ ولأنه طرأ عليها ما يمنع الحكم بها فأشبه طروء الفسق.

قلت: ويشبه أن يرجع في ذلك إلى اجتهاد القاضي فإن لم يبق عنده ريبة حكم وإن دامت أو زادت أو دلت قرينة على تساهل أو غيره فلا ويختلف ذلك باختلاف ضبط الشهود ويرون عدالتهم وعلمهم وغير ذلك، وينبغي أن يسألهم القاضي عن سبب التوقف فيها ثم الجزم بها بعده ليظهر له الحال وهذا متعين في العامي ونحوه من الأغبياء وسيأتي الكلام في صيغ الرجوع مستوفيًا.

فَرْعٌ: في معنى الرجوع بالنسبة إلى منع الحكم ما لو طرأت عداوة بين الشهود والمشهود عليه أو وارثه بأن شهد لمورثه وكان للشاهدين من يحجبه فمات قبل الحكم وصار الإرث للشاهد والحق بهذا ما في معناه، ولو طرأ قبل الحكم موت أو جنون أو إغماء أو عمى أو خرس لم يمنع من الحكم.

قال: (**أَوْ بَعْدَهُ**) أي: بعد الحكم بشهادتهم.

(**وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ أُسْتُوْفِيَ**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لأن القضاء قد نفذ به وليس هو مما يسقط بالنسبة حتى يتأثر بالرجوع، وقيل: لا يستوفي؛ لأن الحكم لم يستقر بعد والظن قد اختل بالرجوع وإذا كانت الشهادة في شيء من العقود أمضى على الأصح كما أن المال يستوفي، وقيل: النكاح كحد القذف وكما تمضي العقود تمضي على الفسوخ والطلاق والعتاق.

قال: (**أَوْ عُقُوبَةٍ**) أي: كقصاص وحد قذف أو زنا أو سرقة والمسألة بحالها.

(**فَلَا**) أي: فلا يستوفي؛ لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة بخلاف المال، وقيل: لا يسقط حق آدمي؛ لأنه مبني على الضيق، وقيل: يفرق بين ما هو لله تعالى فيسقط، وما هو لآدمي فلا، هكذا حكى الإمام الأوجه الثلاثة عن رواية الشيخ أبي علي وغيره، وقال: إن الثالث منقاس حسن، وجعله في «الْبَسِيط» الأعدل والمشهور فيما هو لله تعالى الجزم بالسقوط، وقيل: يسقط القصاص؛ لأنه يرجع إلى بدل دون حد قذف حكاه المَاوَرْدِي، وهذا الخلاف مفرع على أن المال يستوفي فإن قلنا لا يستوفي فلا يستوفي العقوبات قطعًا.

أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يُنْقَضْ، فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتْلِ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمِ زِنًا أَوْ جَلْدِهِ وَمَاتَ وقالوا تَعَمَّدْنَا فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ.

وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إنْ قال: تَعَمَّدْت، وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ فَعَلَى الْجَمِيعِ قِصَاصٌ إنْ قالوا تَعَمَّدْنَا، فَإِنْ قالوا أَخْطَأْنَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ.

قال: **(أَوْ بَعْدَهُ)** أي: بعد استيفاء المحكوم بشهادتهم ما كان.

(لَمْ يُنْقَضْ) الحكم لتأكده الأمر، قال الرَّافِعِي خلافًا لمالك فيما حكى [وفي العهد] وقال مالك والأوزاعي: ينقض الحكم إذا رجع قبل القضاء، أو بعده وسبق عن ملك أنهم لو رجعوا قبل الحكم لا يقبل رجوعهم ويحكم بشهادتهم، وإنما حكى المَاوَرْدِي وغيره الخلاف في هذه الحالة عن ابن المسيب والأوزاعي وأنهما خالفا الجمهور وحكاه ابن القاص عن حماد ابن أبي سليمان فقط.

قال: **(فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتْلِ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمِ زِنًا أَوْ جَلْدِهِ وَمَاتَ)** أي: من الجلد، وفي حكم ذلك ما لو شهدوا عليه بسرقة قطع أو بقذف أو بشرب فقطع أو جلد فمات منه ثم رجعوا.

(وقالوا تَعَمَّدْنَا فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ) أي: في أموالهم موزعة على رؤوسهم لتسببهم إلى هلاكه، ويجدون في شهادته الزنا حد القذف أولًا ثم يقتلون، وهل يرجمهم كرجم المشهود عليه أو يقتلهم بالسيف؟ فيه احتمالان ذكرهما أبو الحسن العبادي أصحهما: الأول وسنذكر تقييد ما أطلقه المصنف من وجوب القصاص.

قال: **(وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إنْ قال: تَعَمَّدْت)** أي: أو الدية مغلظة في ماله بكمالها والغرض أنه رجع وحده.

قال: **(وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ)** يعني: القاضي والشهود.

(فَعَلَى الْجمِيعِ قِصَاصٌ إنْ قالوا تَعَمَّدْنَا) لتسببهم إلى قتله عدوانًا.

(فَإِنْ قالوا) أي: القاضي والشهود جميعًا.

(أَخْطَأْنَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ) قال الرَّافِعِي: هكذا أورد المسألة

وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٍّ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَضْمَنُ، ....

الْبَغَوِي وغيره وقياسه أن لا تجد كمال الدية عند رجوعه وحده، كما لو رجع بعض الشهود.

قال ابن الرِّفْعَة: لو صح هذا القياس لاقتضى ألا يجب على الشهود إذا رجعوا بمفردهم سوى النصف بل سوى الثلث لما قدمنا من أن الشهود والولي والقاضي إذا رجعوا يجب على القاضي الثلث والوالي الثلث والشهود الثلث على الصحيح عند الْبَغَوِي وغيره لا بل لا يطالب الشهود بشيء بل يختص الولي بالغرم كما صححه الإمام، ولاقتضى أيضًا أن لا يطالب القاضي في هذه الصورة بشيء بناء على الصحيح أن النصاب إذا بقي بعد الرجوع لا يغرم الراجع شيئًا كما سنعرفه؛ بل يوجبه إيجاب الأصحاب الغرم على القاضي والمشهود وعند رجوعهم أنهم بمنزلة العاملين اجتمعا على القتل، ولو انفرد أحدهما لانفرد بالغرم ولا كذلك الشهود فإنهم بمنزلة العامي الواحد، انتهى.

قال: (**وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٍّ فَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ يَضْمَنُ**) أي: بالقود أو الدية؛ لأن التزكية تلجئ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل، وهذا ما أورده أبو الحسن العبادي.

قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: وهو الموافق لكلام أكثرهم، والثاني: لأنه لم يتعرض للمشهود عليه وإنما أثنى على الشاهد والحكم إنما يقع به فكان كالممسك مع القائد وهذا أصح في «التهذيب» و«الْكَافِي» وظاهر المذهب في «فتاوى» الْقَفَّال، والثالث: أنه يضمن بالدية دون القصاص، قال الرَّافِعِي: ثم عن الْقَفَّال أن الخلاف فيما إذا قال المزكيان: أن الشاهدين كانا كاذبين أما إذا قالا علمنا أنهما كانا فاسقين فلا شيء عليهما؛ لأنهما قد يكونا صادقين مع الفسق وطرد الإمام الخلاف في الحالين، انتهى.

ورأيت في «جنايات الذَّخَائِر» الإشارة إلى احتمال وجه آخر فارق بين أن تقع التزكية تقبل الشهادة فلا ضمان أو بعدها فيجب، قال: كما قلنا في مزكي شهود الزنا، انتهى.

....

واعلم أنه وقع في المحكي عن الْقَفَّال وعن الإمام اضطراب كاذبين بأن أقرا بالكذب بين أيديهما أما إذا قالا كانا فاسقين إلى آخر ما سبق.

وعبارة «فتاوى» الْقَفَّال كما رأيته في نسخ بها إذا رجع المزكون دون الشهود نظر، فإن قالوا كانوا فسقة ولكنا زكيناهم متعمدين وكذبنا في التزكية فلا شيء على المزكين بهذا القول، وإن قالوا علمنا أنهم كاذبون؛ لأنهم قالوا لسنا بشهود، ولكن نريد أن نشهد بالكذب، فلا شيء على المزكّين هاهنا، وأما إن رجع الشهود، وقال المزكون: نحن كذبنا في التقديرين، فإنهم كانوا كذبة ونحن نعلم، فإن هاهنا رجوع المزكي وهاهنا يتصور رجوعه فعلى أحد الوجهين يجب على المزكين نصف بالغرم ثم إذا رجع المزكيان والشاهدان؛ فالغرم مناصفة نصفه على المزكين ونصفه على الشاهدين هذا لفظ «الفتاوى» وفيه فوائد.

وقضية ألا قود وجهًا واحدًا ولا شك فيه إذا قالا كانا فاسقين بلا زيادة، وأما قول الرَّافِعِي أن الإمام طرد الخلاف في الحالين ففيه نظر، ونسبة اختلاف نسخ «النهاية» فحكى ابن شداد عنها، ولو رجع المزكي عن تزكية الشهود فقد ذكر الأصحاب في وجوب الغرم عليه وجهين ثم ذكروا على أحد الوجهين في القصاص وجهين، وحاصل الكلام ثلاثة أوجه في الغرم والقصاص، فإن قال المزكي: زكيتهم مع العلم بفسقهم وكذبهم فهذا موضع خلاف الأصحاب، وإن قال: زكيتهم مع العلم بفسقهم ولم أعلم كذبهم، فقد قال الأصحاب كما إذا زعم أنه يكذبهم، انتهى.

وهو موافق لنقل الرَّافِعِي والذي رأيته في أصل معتمدٍ بالنهاية بعد قوله: وحاصل الكلام ثلاثة أوجه في الغرم والقصاص، وهذا عندي يخرج إلى فضل نظرٍ! فإن قال المزكي: زكيتهم مع العلم بفسقهم وكذبهم فقد قال الأصحاب: هذا كما لو زعم أني علمت كذبهم وما ذكروه ظاهر، ولكن قد يتجه في القصاص ترتيب حوالة على حاله والأمر فيه ريب، انتهى.

ويبعد كل البعد أنه إذا قال: علمت فسقهم أنه يلزمه القصاص؛ إذ يقول مع ذلك ظننت صدقهم مع فسقهم، والله أعلم.

أَوْ وَلِيٌّ وَحْدَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ أَوْ مَعَ الشُّهُودِ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ.

قال في «التهذيب»: فإذا قلنا يجب الضمان على المزكي؛ فالمزكيان مع شهود الزنا وشهود الإحصان نوع واحد حتى إذا رجعوا توزع الدية على رؤوسهم أم أنواع حتى يجب على كل طائفة ثلثها فيه وجهان كما ذكرنا في شهود الزنا مع شهود الإحصان.

قال: (**أَوْ وَلِيٌّ وَحْدَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ**) أي: بكمالها؛ لأنه المباشر للقتل.

(**أَوْ مَعَ الشُّهُودِ فَكَذَلِكَ**) للمباشرة وهم معه كالممسك مع القاتل فلا قود عليهم.

قال: (**وَقِيلَ: هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ**) أي: لتعاونهم على القتل لا كالممسك؛ لأنه جعلهم كالمحقين، وهذا ما صححه القاضي الحسين وجماعة كما سيأتي، وعلى هذا القود والدية منصفة النصف على الولي، والنصف على الشهود، وكان الصواب أن يقول المصنف وهم معه كالشريكين كالمحرر لئلا يظن أنه كأحدهم في الضمان، وقد قدمنا خلافًا في الممسك مع القائل في كتاب الجنايات فالتفريع هنا على [المذهب][1].

واعلم أن الترجيح في صورة الكتاب من تصرف المصنف - رحمه الله- ولفظ «المحرر»: وإن رجع مع الشهود مختص الولي بالقصاص أو كمال الدية أو هم معه كالشريكين؟ فيه وجهان رجح كل منهما مرجحون.

وقال في الشرح: إن الإمام رجح الأول، والْبَغَوِي الثاني، زاد في «الرَّوْضَة» أن الأصح ما صححه الإمام وأنه سبق في الجنايات القطع به فهو الأصح نقلًا ودليلًا، انتهى.

وممن صحح الثاني القاضي الحسين والمتولي وصاحب «الْكَافِي» فإن أراد الشيخ بما سبق وهو الظاهر فقد فرق هؤلاء الأئمة بينهما بما سبق على أن مسألة الممسك ليست من مجال الوفاق فاعلم.

---

(١) في نسخة: (الشهود).

....

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: ما سبق من وجوب القصاص على الشهود الراجعين هو فيما إذا قالوا تعمدنا وعلمنا أنه يقبل بشهادتنا عليه، أما إذا قالوا تعمدنا ولكن لم نعلم أنه يقتل أي: بل ظننا أنه يحبس أو يجلد كما قاله الْعِمْرَانِي وغيره، أو لم يقولوا ذلك فإن كانوا ممن لا يخفى عليهم ذلك وجب القصاص ولا اعتبار بقولهم، وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم.

قال الرَّافِعِي: لقرب عهدهم بالإسلام فالمشهور أنه شبه عمدٍ [يوجب القصاص](١) وقال الإمام إلى وجوبه أخذًا مما لو ضرب المريض ضربًا يقتل المريض دون الصحيح وهو لا يعلم أنه مريض، فإنه يجب القصاص على الأظهر وذكر القاضي الرُّويَانِي نحو ذلك وقال سمعته من بعض أصحابنا في النظر، وقال في كلامه على ألفاظ «الوجيز»: وقوله ولو قال: تعمدت ولكن ما عملت أنه يقتل بقولي هذا يدخل ما إذا قال: لم أعلم بأنه يقتل بما شهدت عليه بل ظننت أنه يحبس أو يؤخذ منه المال وهذه الصورة ذكرناها وفرقنا بين قريب العهد بالإسلام وبعيده ويدخل فيه ما إذا قال: لم أعلم أنه يقتل بقولي لأني ظننت أنّي أجرح بأسباب تقتضي الجرح ويمكن أن يجعل هذا خطأ، انتهى.

وعبارة «الْحَاوِي» وغيره فإن قالوا تعمد بالقتل بشهادتنا فعليهم جميعهم القود وإن قالوا عمدنا وما علمنا أنه يقتل بشهادتنا وهم أهل جهالة بمثله فهو عمد خطأ لا قود فيه بل فيه الدية مغلظة مؤجلة ولم يمثل هؤلاء بقريب العهد بإسلام وهو الوجه فإن ذلك مما يخفى على من قدم إسلامه؛ لغباوته أو لبعده عن العلماء وهذا ليس بخلاف بل متى كانوا ممن يخفى عليه ذلك اندفع القصاص، وحكى الإمام والغزالي عن الأكثرين فيما إذا قالوا تعمدنا ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا أن القود لا يجب من غير تفصيل بين من يشهد حاله بصدقه وغيره [وهكذا] أطلق القاضي أبو الطيب والفوراني وغيرهم، ثم قال الإمام: وفيه نظر وأبدى ما سبق،

(١) في نسخة: (لا يجب).

....

وتبعه الغزالي وأحسب ما سمعه الرُّويَانِي أصله كلام الإمام.

ومنها : وأما الدية إذا لم يوجب القود لجهلهم.

قال الرَّافِعِي : فالذي أورده عامة الأصحاب أنها تجب مثله مؤجلة، لكن في مالهم إلا أن تصدقهم العاقلة فتكون عليهم، وحكى الْفُورَانِي والإمام عن نص الشَّافِعِي : إنها تجب حالة، وإن صاحب «التقريب» حمل النص على ما إذا كان قد مضى من وقت القتل ثلاث سنين، وأن الْقَفَّال قال : تجب حالة بكل حال لتعديهم وتعمدهم.

قال ابن الرِّفْعَة : فيكون عمدًا من كل وجهٍ، وقوله لم أعلم كقوله : رميته قصدًا، ولم أعلم أن السهم يبلغه.

قال الإمام والغزالي : وهذه المسألة تقرب ممن قتل مسلمًا فى دار الحرب على توهم أنه مشرك، ففي وجوب القود قولان، فإن أوجبنا ففي حاله أو على عاقلته قولان، انتهى.

وهذا ذكره الْفُورَانِي في «العمد» ثم قال : وهكذا الوكيل إذا تجنى بقتله فعفا الولي قبل القصاص فهل على الوكيل الدية؟ قولان، فإن قلنا : يجب، ففي ماله أو على عاقلته وجهان.

ورأيت في هامش «العمد» هنا : وقوله ـ يعني : الشاهد ـ لم أعلم أنه يجب عليه، كمن يقول : رميته قصدًا ولم أعلم أن السهم يبلغه، ومقتضى هذا أن القود واجب، وقد خرج أبو سهل الصعلوكي من أصحابنا قولين بناء على من قتل مسلمًا في دار الإسلام نرى الكفار ولم نعلم أنه مسلم ثم مات، هل يجب [القود؟ فقولان] انتهى.

ومنها : سبق أنهم إذا قالوا أخطأنا ؛ أي : وكان القاتل أو الزاني غيره مثلًا؟ إن الواجب عليهم الدية مخففة في أموالهم مؤجلة، إلا أن تصدقهم العاقلة ؛ فتكون عليهم، هكذا ذكره المَاوَرْدِي وغيره والقاضي الحسين عن الْقَفَّال وقال إن فيه إشكالًا ؛ لأن إيجاب الدية على العاقلة إنما يتعلق بالمباشرة.

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا دَامَ الْفِرَاقُ وَعَلَيْهِمْ مَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ نِصْفُهُ إنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ.

قال الدَّارِمِي وغيره: ولا تعزير على الشهود إذا قالوا أخطأنا، وقال الإمام: قد يرى القاضي والحالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ هذا هو الصواب عن الإمام، وكذا هو في «الْبَسِيط».

ورأيت في «كفاية» ابن الرِّفْعَة في نسخ عديدة لفظة «تغريم» بدل «تعزير»، وهو سهو من ناقل فاحذره، ثم ما ذكرناه من تخميس الدية على الشهود وهو المشهور الذي أورده العراقيون وغيرهم، وحكى في «الْبَحْر» وجهًا عن بعض الخراسانيين أنها تجب عليهم مثلثة، وزيفه.

قال المَاوَرْدِي: فلو قالوا بعد استيفاء الحق بشهادتهم: شككنا فيها ولعلنا أخطأنا فيها، فهذا [قدح][1]) في الضبط لا يتعين به حكم الشهادة ولا ضمان عليهم؛ لأنه لا يجب الشك، ولو ادعى الشهود على العاقلة العلم بخطئهم وراموا تحليفهم.

قال الرَّافِعِي: قال ابن القطان: ليس لهم ذلك.

قال ابن كَجٍّ: ويحتمل عندي أن يقال: لهم تحليفهم؛ لأنهم لو أقروا لغرموا، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: وإن أرادوا تحليف العاقلة بأنهم لم يخطئا، قال ابن القطان: وجهان.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا؛ دَامَ الْفِرَاقُ وَعَلَيْهِمْ مَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ**) هذا النوع مما يتعذر تداركه غير العقوبات فيه الإبضاع، فإذا شهدا بطلاق بائن بعوض أو بغيره كالثالثة، أو الطلقات الثلاث مجانًا، أو برضاع محرم، أو لعان، أو فسخ بعيب، أو غيرها من جهات الفراق، وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لم يرد الفراق؛ لأن قولهما في الرجوع محتمل، [ولا يرد القضاء بقول محتمل] لكن

(١) في نسخة: قطع.

....

عليهما الغرم سواء كان قبل الدخول أم بعده؛ لأنهما فوتا عليه ما يتقوم فيغرمان، كما لو شهدا بعتق عبد ثم رجعا.

وقال مالك وأحمد وأبو حنيفة: لا غرم عليهما بعد الدخول، ثم اللّذين يغرمان عندنا بعد الدخول مهر المثل بتمامه كان أكثر من المسمى أو مثله أو أقل، أو كانت أخذت مهر المثل، وفي قول: إن المغروم المسمى؛ لأنه الذي فات على الزوج متقومًا والبضع ليس بمتقوم في الحقيقة، وحكى في الرضاع مثله واستشهد له بما حكي عن القديم أنها لو كانت قد فرضت بضعها وشهدوا بالطلاق قبل الفرض والمسيس والمغروم المتعة، واختاره ابن الحداد.

وقال الأصحاب: إنه غلط، وقال المَاوَرْدِي: والأولى عندي أن ينظر فإن قدر الزوج على الاجتماع بها لم يرجع عليهم كيلا يجمع بين الاستباحة والرجوع، وإن لم يصل إلى الاستمتاع بها لامتناعها عليه تمسكًا بظاهر التحريم رجع، وفرع على هذا أنهما لو شهدا بقذفه امرأته فلوعن بينهما ثم رجع الشاهدان؛ فاللعان نافذ في الظاهر، وأما في الباطن فمعتبر بحال الزوج، فإن أمن من حد القذف حين لاعن بالفرقة واقعة في الباطن ولا يرجع على الشهود لوقوع الفرقة بلعانه، وإن خاف من حد القذف لم تقع الفرقة في الباطن ولا رجوع له على الشهود إن أمكنته من نفسها وترجع عليهم إن منعته، انتهى.

وأما إن كان قبل الدخول فعن رواية الـمُزَنِيّ وحرملة أنهما يغرمان مهر المثل بتمامه، وروى الربيع أنهما يغرمان نصف مهر المثل واختاره الـمُزَنِيّ وقطع به بعضهم ونص فيما إذا أرضعت زوجته الكبيرة الصغيرة وانفسخ النكاح؛ أن الكبيرة تغرم نصف مهر المثل للصغيرة، وللأصحاب في مسألة الشهود طرق:

أظهرها: إثبات قولين: أصحهما: أنهما يغرمان جميعه؛ لأنه بدل ما أتلفاه والنظر في الإتلاف إلى المتلف لا إلى ما قام به على المستحق، ولهذا لو أبرأته عن الصداق وشهدا بالطلاق ورجعا يغرمان وإن لم يفوتا عليه شيئًا، وافترق أصحاب هذا الطريق فمن مثبت للقولين في صورة الرضاع مخرج لأحدهما من

....

هاهنا ومن قاطع بوجوب النصف هناك وفرقوا بما ذكرته في «الْغَنِيَّة».

والطريق الثاني: أن الشاهدين يغرمان مهر المثل.

والثالث: القطع بأنهما يغرمان النصف وغلط قائله الـمُزَنِيّ في الرواية.

والرابع: أنه إن كان الزوج قد سلم إليها الصداق غرما جميع المهر؛ لأنه لا يتمكن من استرداد شيء لزعمه أنها زوجته وأنها تستحق جميع الصداق وعليه يحمل منقول الـمُزَنِيّ، وإن كان قبل التسليم فلا يغرمان إلا النصف؛ لأنها لا تطالبه إلا بالنصف وعلى هذا يحمل منقول الربيع، وحكي في المسألة على طريقة إثبات الصداق قولان آخران:

أحدهما: عن القديم أنهما يغرمان نصف المسمى؛ لأنه الفائت على الزوج لا مهر المثل ولا نصفه.

والثاني: يغرمان جميع المسمى؛ لأنه قد بذل والتشطير أمر يختص بالزوج هكذا ذكره الرَّافِعِي، وقال الدَّارِمِي: إن كان قبل الدخول قيل: قولان: أحدهما: مهر المثل، والثاني: نصف مهر المثل، وقيل: جميعه إذا كان في يدي المرأة والزوج بقولها به؛ لأنه لم يطلق ونصفه إن كان في يده والمرأة تدعي الطلاق ويقر بنصفه، قال ابن المرزبان: ويجيء جميعه إذا كان في يدها فحسب، ونصفه إذا كان في يده، وقيل في غير المدخولة وجه ثالث جميع المسمى، انتهى.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: دخل في قول المصنف: «طلاق بائن» [فإذا كان قد طلقها الحر طلقتين؛ فشهدا بالثالثة كما مثلنا به].

وقال الـمَاوَرْدِي: في قدر ما يغرمونه في المدخول بها في هذه الصورة وجهان: **أحدهما**: ما يغرمونه لو كانت الشهادة بالثلاث؛ لأنهم منعوه بها جميع البضع كالثلاث، وهذا ما اقتصر إيراد جماعات القطع به.

والثاني: ثلثه؛ لأنه ممنوع من بضعها بثلاث طلقات اختص الشهود

....

بواحدة منها فكان ثلث المنع منهم فلزمهم ثلث الغرم وعلى هذا لو كان الزوج قد طلقها واحدة فشهدا عليه بطلقتين لزمه الثلثان، وجزم بأنه إذا طلقها واحدة قبل الدخول أن حكمهما حكم الثلاث في الغرم ولم يفرق بينهما وبين الصورة السابقة على الوجه الثاني.

ومنها: أخرج المصنف بائن الطلاق الرجعي وقضيته ألا غرم وهو كذلك إن راجعها الزوج على المذهب؛ إذ لم يفت عليه شيء وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة، قال الرَّافِعِي: التحق بالطلاق البائن ووجب الغرم هكذا ذكره الْبَغَوِي والسرخسي، وذكر في «أصل الرَّوْضَة» أنه الصحيح، وفيه نظر فإنه حكى الغرم عن الْبَغَوِي وعن القاضي الحسين وجهًا لتقصيره بترك التدارك، وأطلق ابْن كَجٍّ وجهين أي: والدارمي في أن الشهادة على الطلاق بالرجعى والرجوع عنها هل يقتضي غرمًا؟ ومال إلى المنع وحكاه عن ابن أبي هريرة، انتهى.

وأرسل في «شرحه الصغير» الوجهين بلا ترجيح ولا نسبة؛ لكن ما ذكره الْبَغَوِي، قال شيخه القاضي: إنه الظاهر فأرسل في «الشامل» و«الْبَحْر» وغيرهما في الطلاق الرجعي وجهين؛ لأنه يزيل الملك بانقضاء العدة.

ثم قال القاضي الحسين والْبَغَوِي: إن أوجبنا الغرم في الحال فغرموا ثم راجعها استرد منه الغرم وإلا استقر سواء حدد نكاحها بعد العدة أم لا.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: إن كان رجوعهم بعد مراجعة الزوج فلا غرم وإن انتقص العدد لأن نقصان العدد غير متقوم، ولو أنهم رجعوا قبل المراجعة يلزمهم الغرم فلو راجعها بعد ذلك وجب عليه رد ما أخذ، انتهى.

وذكر أبو الحسن العبادي احتمالين في رد ما أخذ بناء على ما إذا وطئ الرجعية ثم راجعها.

وقال المصنف: الصواب الجزم بالرد، وفيه نظر، وجزم المَاوَرْدِي بعدم الغرم في الطلاق الرجعي قال: لقدرته على استباحتها بالرجعة وقد يوجد فيما ذكروه أنه لو لم يتمكن من الرجعة بأن جن عقب الشهادة والحكم بالفرقة، أو

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ فَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ فَلَا غُرْمَ.

أغمي عليه؛ فانقضت العدة قبل إقامته بولادة أو غيرها؛ أنهم يغرمون وجهًا واحدًا.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: إذا كان الطلاق بعوض نظر إن كانت شهادتهم على الزوجة لإنكارها عقد الخلع فلها الرجوع بما غرموها، وإن كانت على الزوج لإنكاره الطلاق فهم قد ألزموه الطلاق في مقابله بذل إن لم يستحقه بالخلع استحقه لأجل الحيلولة فينظر إن كان العوض قدر ما يغرمه الشهود في غير الخلع؛ لم يرجع على الشهود بشيء، وإن كان أقل رجع عليهم بالفاضل، كما لو شهدوا بشفعة في مبيع وانتزع من مشتريه ثمنه ثم رجعوا فإن الثمن إن كان قدر القيمة أو أكثر فلا يرجع على الشهود بشيء، وإن كان أقل من القيمة ضمنوا أصل القيمة وعلى هذا ينطبق قول ابن الحداد: إنهم لو شهدوا أنه طلقها على ألف ومهر مثلها ألفان أنهما يغرمان ألفًا؛ لأنه يأخذ ألفًا من المرأة، وأطلق الْبَغَوِي والرافعي القول بأن الشهود بالطلاق على العوض إذا رجعوا يغرمون كما لو شهدوا بالطلاق الثلاث، وعليه ينطبق قول ابْن كَجٍّ في مسألة ابن الحداد: عليهم مهر المثل بعد الدخول ونصفه قبل الدخول، كما لو لم يذكروا عوضًا؛ لأن ما حصل عوض إن قبضه فهو محفوظ عنده للمرأة؛ لأنه لا يدعيه وإن لم يقبضه فيقر عند المرأة إلى أن يدعيه، ولا فرق في الرجوع في هذه المسائل إذا رأيناه بين أن يكون الزوج قد دفع الصداق أولًا كما قاله الحسين، انتهى.

وما صدر به كلامه أخذه من «الْحَاوِي» على تصرف فيه وما ذكره عن ابْن كَجٍّ مثله قول الدَّارِمِي: إن شهدا أنه خالعها بألف ثم رجعا بعد الحكم غرما المهر كما مضى والألف إن قالا: قبضه فلا خصومة، وإن قالا: لم يقبضه أو أطلقا فالزوج لا يدعي.

قال: **(وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ)** أي: قضى القاضي بالفرقة بينهما.

(فَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ) أي: محرم.

(فَلَا غُرْمَ) أي: لأنهما لم يفوتا عليه شيئًا ومثله لو شهدا أنه طلقها اليوم

وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ مَالٍ غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ، ....

ثم رجعا ثم قامت بينة أنه طلقها بالأمس ثلاثًا، ولو غرما قبل قيام البينة استردا المغروم.

قال: (**وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ مَالٍ غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لحصول الحيلولة بشهادتهم وبه قال الأئمة الثلاثة، كما نقله الرَّافِعِي وهو الأرجح عند العراقيين والإمام ووالده والغزالي والرويانيِّين صاحب «الْبَحْر» وشريح وغيرهم، وذكر في «العدة» أن الفتوى عليه.

والثاني: أنهم لا يغرمون؛ لأنهم لم يثبتوا اليد على المال ولم يتلفوه فلا يضمنون وإن أتوا بما يفضي إلى الفوات كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت؛ ولأن الفوات لم يتحقق أيضًا، وذكر في «العدة» أن هذا ظاهر المذهب، وحكى الرَّافِعِي عن طائفة من الأصحاب القطع به.

قلت: ومنهم ابن الحداد في «فروعه» وقال القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما: إنه الذي نص عليه الشَّافِعِي هاهنا وفي غيره من الكتب، والأكثرون على إثبات القولين في الغرم، وذكر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أن المصنف صحح الثاني، وهو سهو عليه فاعلم.

تنبيهات وتتمات:

منها: لا فرق عند جماهير الأصحاب بين الدين والعين فيما ذكرناه كما صرح به بعضهم واقتضاه كلام الباقين.

وفي «الْحَاوِي» أن الطريقين في العين القائمة، وأن الأكثرين أنه لا غرم هاهنا على الشهود قولًا واحدًا، وأما الدين فإن كان المقبوض بالغًا فعلى الشهود غرمه كتلف العين بالاستهلاك، وإن كان باقيًا في يد المشهود له فهل يكون في حكم العين أو في حكم الدين؟ على وجهين لأصحابنا، والحاصل في النوعين طرق جريان القولين فيهما لا غرم فيهما قطعًا فالغرم في الدين دون العين لا غرم في العين إلا إذا أيس منها بتلفها في يد المحكوم له.

والخامس: أنه إن سلمها المحكوم عليه باختياره فلا غرم أو بإجبار

....

الحاكم غرموا، حكاه وما قبله في كتاب الإقرار من «الْبَحْر» وقد تخرج مما يذكره من بعد طرق أُخر غير هذه.

ومنها: [اختلف في حال القولين فذكر الشيخ أبو حامد ومن تبعه] أنهما منصوصان والتغريم منهما «القديم» ويوافقه قول الْفُورَانِي في «الإبانة» والإمام والغزالي في «الْبَسِيط» أن «الجديد» لا غرم؛ لأن الفوات لم يحقق وصوروا فيما إذا كان المشهود به هنا كثوب ودار، وقرب الإمام ذلك ما إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو وسلمت لزيد هل يغرم لعمرو قيمتها في الحال؟ على قولين، وقيل: المنصوص أنهم لا يغرمون، والآخر مخرج وعلى إيراد هذا الطريق اقتصر الْبَغَوِي، وقيل: هما مبنيان على القولين في رجوع المقر فينزل رجوع الشاهد منزلة رجوع المقر.

وعبارة «عمد الْفُورَانِي»: فإن كان المشهود به ثوبًا أو دارًا فهل تلزمهم الغرامة برجوعهم أم لا؟ قولان بناء على من قال: غصبت هذه الدار من فلان لا بل من فلان فهل يغرم الثاني؟ قولان المنصوص في مذهبه «الجديد»: أن الشهود لا يغرمون وهكذا القولان فيما إذا كان دينًا أو إتلافًا موجبة المال، وكل ما لو صدق المدعي المدعى عليه أمكن رده إليه، وقال القاضي ابْن كَجٍّ: إن النص فيما إذا شهدوا بعين ثم رجعوا أنهم لا يغرمون وفيما إذا شهدوا بدين ثم رجعوا أنهم يغرمون يحصل القولان نقلًا وتخريجًا، وقال ابن القاص في «أدب القضاء» قال الشَّافِعِي في كتابه الجديد: لا ضمان عليهم فيما تلف بشهادتهم إلا في أربعة أشياء:

أحدها: الدَّم من قصاص نفس أو جرح أو قطع سارق أو رجم محصن، أو قتل مرتد وغير ذلك.

والثاني: فسخ النكاح من خلع وطلاق ورضاع وغير ذلك من فراق الزوجين.

والثالث: العتاق.

....

والرابع: الوقف فأما إذا أتلفوا به المال فلا ضمان عليهم.

وقال في كتابه «القديم»: كلما أتلفوا بشهادتهم أخذوا به إذا رجعوا، انتهى.

ولم أر من صرح بأن قول التغريم جديد فإذن المسألة مما يفتى على القديم.

ثم قال الدَّارِمِي: إن كانت الشهادة في قتل يوجب المال أو في مال ورجعا أغرما كالعتق، وكذلك في الوقف إذا رجعوا عليه قيمته فإن كان ما يشهدوا به لم يتلف ولم يحصل كالمتلف كالعتق والوقف؛ ولكنه قائم في يد من شهدوا له عزروا إن قالوا كذبنا وفي الغرم.

قال في «الأم»: لا غرم.

وقال ابن القاص: عن القديم يغرمون.

وقال المروزي: أيضًا قولان: أحدهما: يردانه أو قيمته إن لم يقدرا عليه.

وقال ابن سُرَيْج: يحتمل أن يضمنوا بناء على القولين فيمن أقر بشيء لزيد ثم أقر به لعمرو، فإن تلفت العين وقلنا إذا كانت قائمة لا غرم.

قال الطبري: في غرمها وجهان وإن كان في إتلاف مال فغرمه؛ فظاهر قوله كالعين القائمة، وقد قيل يغرمان، انتهى.

وأغرب الديلمي فذكر أنهم لو شهدوا بفسخ النكاح بالخلع والرضاع والوقف وما أشبه ذلك ففي القديم تلزم الغرامة الشهود، وفي الجديد لا يلزم وقد مضى ذلك والذي قدمه الجزم بالغرم في العتاق والطلاق، وذكر القولين فيما إذا شهدوا بإتلاف مال أو غصب.

ومنها: لا فرق فيما قدمنا من إيجاب الغرم بين أن يقولوا تعمدنا الكذب أو أخطأنا؛ لأن ضمان المال لا يختلف بالعمد والخطأ.

قال القاضي الحسين وغيره: ولا خلاف في أن المشهود عليه لو لم يرد الدين لا يرجع على الشهود وإنما يرجع عليهم بعد الغرم؛ لأن هذا ضمان حيلولة بدليل أن المشهود له لو أقر للمشهود عليه بذلك رجع الشهود بما غرموه ولا حيلولة قبل الغرم.

....

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنهما لو شهدا بأن هذا الثوب الذي في يده لفلان فقضى به له ثم وهبه المشهود له من المشهود عليه، ثم رجعا عن الشهادة فلا غرم بخلاف هبة الصداق من الزوج قبل الدخول على أحد القولين؛ لأنهما لما رجعا بينا أن هبته لم تصح، ولم يتبين بالطلاق أن الهبة لم تصح.

ومنها: إذا غرمناهم فأي وقت تعتبر القيمة؟ فيه وجهان في «الْحَاوِي» وغيره.

أحدهما: وهو قول ابن سُرَيْج: وقت الحكم.

والثاني: أكثر ما كانت من وقت الحكم إلى وقت الرجوع.

قلت: وهذا في العين وكان المراد ما إذا اتصل القبض بالحكم، أما قبل قبضها من المحكوم عليه فلا نظر إليه، وكذلك لو كان المحكوم دينًا في الذمة لا ينظر إلى ما قبل قبضه قطعًا، ولم أرَ لهم خلافًا في أن المثلي يغرم مثله أو قيمته، والظاهر أن ما أطلقوه هنا إنما هو في قيمة المتقوم، أما المثلي فتضمن بمثله إن وجدوا وإلا فقيمته كالمتلف والمغصوب ألا تراهم قاسوا أصل الضمان هاهنا على ضمان المتلفات حسبنًا، ولو شهدوا بوقف دار وفرس أو جعله الشاة أضحية، قال ابن القاص: لزمهم في ذلك كله قيمته يوم شهدوا؛ لأن ذلك إتلاف فهو بمنزلة العتق أي: بمنزلة الشهادة بالعتق.

ومنها: إذا شهدوا بعتق وقضى به ثم رجعوا غرموا القيمة قنًا كان أو مدينًا أو مكاتبًا أو أم ولد أو معلقًا نصفه، وخالف أبو حنيفة في أم الولد فقال: لا غرم هكذا ذكره المَاوَرْدِي والْبَغَوِي والرافعي وغيرهم.

قال ابن الرِّفْعَة: وقد يقال: إن حكم أم الولد يخالف حكم القن فيما إذا مات السيد فترد القيمة كما قلنا فيما إذا غصبت تؤخذ قيمتها للحيلولة فمات السيد كما صرح به الإمام، وعلى هذا إن صح يظهر أن يقال في المدبر إذا مات السيد أنه ينظر إن خرج من الثلث أو بعضه استرد قدر ما خرج وإن لم يخرج منه شيء استقر ملك المشهود عليه على القسمة، انتهى.

....

قلت: ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: ولو أنهم شهدوا على عتق أم الولد ثم رجعوا؛ نظر إن كان رجوعهم قبل موت السيد وقبل موتها فلا غرم عليهم حتى لو غرموا استردوا، ولو ماتت قبل السيد لزمهم الغرم؛ لأنهم أتلفوا الرق على السيد حتى لو مات قبل أخذه فلورثته مطالبتهم بالغرم سواء رجعوا قبل موت السيد أو بعده.

قال الإمام رضي الله عنه: ينبغي أن يقال: إن رجعوا بعد موت السيد فلا غرم عليهم، وإن رجعوا قبله يلزمهم الغرم فلو مات السيد قبلها يجب عليهم الرد، وإن ماتت قبله فلا رد، انتهى.

وما ذكره في موت السيد قبلها بحث ابن الرِّفْعَة والإمام المشار إليه هو الْبَغَوِي؛ لكن قال من بعد: وقال الشيخ أبوعلي: لم يفصل على مذهبنا بين موت السيد من قبل أو بعد، انتهى.

قال الرَّافِعِي: لو شهدا على تدبير عبدٍ أو استيلاد جارية ثم رجعا بعد القضاء لم يغرما في الحال؛ لأن الملك لم يزل، فإذا مات غرما بالرجوع السابق.

قال الْبَغَوِي: وهكذا لو شهدا على تعليق الطلاق أو العتق بصفة ثم رجعا وفيهما وجه؛ لأنه لا غرم؛ لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك.

وقال الدَّارِمِي: وإن شهدا أنه أولدها فصارت أم ولد ثم رجعا.

قال ابن القطان: في القيمة وجهان، ولو شهدوا بشراء القريب وعتق ثم رجعوا.

قال ابن الصلاح ففي «تعليق القاضي الحسين»: تردد في إيجاب الغرم عليهم. ولو شهدوا عليه بكتابة عبد ثم رجعا.

قال المَاوَرْدِي: لم يغرما في الحال شيئًا فإن عجز ورق فلا غرم أيضًا، وإن أدى وعتق نظر فإن كان المؤدي قدر قيمته ففي وجوب الغرم وجهان: وجه الغرم أنه أداها من كسبه والسيد يملكه أيضًا، وإن كان ما أداه أقل من قيمته رجع السيد بالباقي من قيمته والرجوع بالقدر المؤدى، وأطلق ابن الصباغ حكاية الوجهين ثم

وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ الْغُرْمُ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ فَلَا غُرْمَ، وَقِيلَ يَغْرَمُ قِسْطَهُ،

قال: وينبغي أن يكون هذا إذا أدى وعتق فأما قبل العتق فلا غرم.

قلت: وينبغي أن يفرق بين ما أداه من كسبه وبين ما أداه من سهم المكاتبين حتى إذا غرمنا الشهود استرد من السيد ما أخذه منه فما كان دفع إليه من سهم المكاتبين، وكذلك إذا عجز أو عجزه السيد.

قال المَاوَرْدِي: ولو شهدا بإبراء مكاتبه من مال الكتابة فحكم عليه بعتقه ثم رجعا غرما له أقل الأمرين من قيمته وما كاتب؛ لأن القيمة إن كانت أقل فليس بأغلظ من العبد القن، فلم يلزمهم أكثر منها، وإن كان مال الكتابة أقل فليس له على المكاتب أكثر منه، فلم يرجع بالزيادة عليه، انتهى.

هكذا رأيته في «الْحَاوِي» وكذا نقله ابن شداد عنه وحكاها ابن الرِّفْعَة عنه فيما إذا شهدوا أنه أدى النجوم كلها وعتق لا في الإبراء.

وقال الدَّارِمِي: إذا شهدا أنه كاتب عبده فأدى فعتق.

قال ابن القطان: قال [ابن سُرَيْج][1]: إذا رجعا غرما ما بين القيمة والأداء، انتهى.

قال: **(وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ الْغُرْمُ)** أي: بالسوية عند اتحاد نوعهم سواء رجعوا معًا أو مرتبًا، **(أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ)** أي: بأن رجع واحد من ثلاثة فيما نصابه اثنان أو واحد من خمسة في شهادة الزنا، **(فَلَا غُرْمَ)** أي: عليه على الأصح لبقاء من تقوم به الحجة فكان الراجع لم يشهد، وعضده في «الشامل» بنصه في الْبُوَيْطِي أنه لو شهد بالزنا ثم رجع واحد منهم لا شيء عليه.

قال: **(وَقِيلَ: يَغْرَمُ قِسْطَهُ)**؛ لأن الحكم وقع بشهادة الجميع وكل منهم قد فوت قسطًا يغرم ما فوت، واختاره المُزَنِيّ وأبو إسحاق، وحكي عن «فروع» ابن الحداد، ونسب الرَّافِعِي إليه اختيار الأول وفيه نظر فإن كلامه في الفروع يدل على أنه لا يرى تضمين شهود المال فلعله اختاره في موضع آخر، أو في التفريع على قول التغريم.

---

(١) في نسخة: (شُرَيْح).

....

تَنْبِيهَان:

أحدهما: قال في «الإبانة» و«النهاية»: إذا رجع من زاد على نصاب مثل أن يشهد ثلاثة بالمال فيرجع أحدهم فهل يغرم الراجع؟ على قولين، قال في رواية الْبُوَيْطِي: وهو اختيار الـمُزَنِيّ أنه يغرم.

والثاني: وهو المشهور وبه قال أبو حنيفة: لا يغرم، وذكر في «العمد» في الحدود نحوه وفي «تعليق الْبَغَوِي» المذهب أنه لا غرم على الثالث، وقال في رواية الْبُوَيْطِي: عليه ثلث الغرم وهو اختيار الـمُزَنِيّ بالخلاف قولان لا وجهان.

وقال الرَّافِعِي: فيه وجهان ويقال: قولان.

وقال الْبَغَوِي في «التعليق» في الحدود: إذا شهد خمسة أنفار على الزنا فرجم ثم رجع واحد منهم؛ فقولان: الصحيح: وهو المذهب ورواية الـمُزَنِيّ والربيع أنه لا شيء عليه؛ لأنه بقي من يثبت الحكم بشهادته، وقال في رواية الْبُوَيْطِي: واختاره الـمُزَنِيّ وبه قال بعض أصحابنا أنه يجب على الراجع خمس الدية، انتهى.

الثاني: قال الرَّافِعِي في «التهذيب»: ولا خلاف في أن القصاص لا يجب والحالة هذه؛ لكن قال الشيخ أبو محمد في «الفروق»: حكى لي من اعتمده عن الشيخ الْقَفَّال أنه إذا رجع واحد من شهود القتل، وقال: تعمدنا جميعًا فعليه القصاص، وإن ثبت من تقوم به الحجة؛ لأن الراجع اعترف على نفسه بالقتل والمال إنما يلزم لكون شهادته تفويتًا وإذا ثبت من تكفي شهادته للحكم لم يتحقق التفويت على شهادته.

قلت: قيل: حكى القاضي الحسين ذلك احتمالًا عن الْقَفَّال إلا أنه جزم به وحكى أيضًا عن ابن الحداد ولفظه في «الفروع» فيما رأيته: ولو شهد ثلاثة على قتل عمدٍ واختار الولي القود فقبل ثم رجع أحد الثلاثة، وقال شهدت بزور وعمدت القتل؛ فعليه القود إن شاء الولي، وإن اختار العقل فثلث الدية، وليس هذا كخمسة شهدوا على رجل بالزنا والإحصان فرجم بشهادتهم ثم رجع

وَإِنْ نَقَصَ النِّصَابُ وَلَمْ يَزِدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فَقِسْطٌ، وَإِنْ زَادَ فَقِسْطٌ مِنْ النِّصَابِ، وَقِيلَ مِنْ الْعَدَدِ، ....

عنها أحدهم؛ لم يلزم الراجع، قيل: ولا غرم؛ لأن الأربعة شهدوا بأنه مباح الدَّم وأما المسألة الأولى فإن الشاهدين وإن بنيا على الشهادة عليه بالقتل فإنما كان القتل لولي الدَّم؛ فابن الحداد فصل وفرق ولم يعمم، وذكر الْفُورَانِي في «العمد» في الحدود نحو ذلك.

ثم رأيت في «شرح الفروع» للقفال بخط الإمام أبي بكر الشاشي قال: بعد ذكره كلام ابن الحداد وفرقه: ألا ترى لو أن رجلًا قتل رجلًا عمدًا فشهد أربعة أن المقتول زنى قبل قتل القاتل وهو محصن أنه لا عقل ولا قود على قاتله [ولو أنه قتل رجلًا عمدًا ثم شهد شاهدان أن المقتول هذا كان قد قتل زيدًا عمدًا أن القود على قاتله] وفرق بين هاتين الصورتين.

ثم قال: قال الشاشي: في خمسة شهدوا بالزنا والإحصان على رجل فرجع أحد الخمسة وقال: عمدت الزور فعليه القود أو خمس الدية.

وقال الشَّافِعِي: ما قلناه فيما تقدم أنه لا شيء على الراجع ما بقي أربعة يشهدون على الزنا، انتهى لفظه، وفيه اضطراب، وينبغي أن يحرر النقل من «شرح الفروع» لأبي علي السنجي وللقاضي أبي الطيب.

قال: (**وَإِنْ نَقَصَ النِّصَابُ وَلَمْ يَزِدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فَقِسْطٌ**) أي: بأن حكم بقتل أو عتق أو مال بشاهدين ثم رجع أحدهما فعليه نصف الغرم، ولو رجم في الزنا بشهادة أربعة ثم رجع بعضهم فعليه قسطه من الدية.

قال: (**وَإِنْ زَادَ**) أي: عدد الشهود على النصاب ولم يثبت من العدد المعتبر إلا بعضهم كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان.

قال: (**فَقِسْطٌ مِنْ النِّصَابِ، وَقِيلَ: مِنْ الْعَدَدِ**) هذا الخلاف مبني على الخلاف السابق في الحالة الأولى إن قلنا: لا غرم على الراجع هناك وزع على الغرم هنا على العدد المعتبر وخصه من نقص عن العدد المعتبر توزع على من رجع بالسوية، ففي صورة الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين لبقاء نصف

وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَهُمَا نِصْفٌ ....

الحجة، وفي صورة الخمسة عليهما ربع الغرم لبقاء ثلاثة أرباع الحجة، وإن غرمنا من رجع هناك فعلى الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، ومن الخمسة خمساه نظرًا إلى العدد؛ ولهذا قال الشيخ: وقيل: من العدد لا يخفى بعد هذا تفريع كل واحد من الوجهين عند كثرة الشهود وقلة عدد الراجعين وكثرتهم.

قال الرَّافِعِي: رجح الْبَغَوِي وغيره من هذين الوجهين وجوب النصف على الراجعين من الثلاثة وفاء برجحان الأصل المبني عليه وهو أنه لا غرم هناك.

وفي «الشامل»: أن الأصح وجوب الثلثين عليهما؛ لأن البينة إذا نقص عددها زاد حكمها وصار الضمان متعلقًا بالإتلاف وقد استووا فيه، انتهى.

قلت: وزاد في «الشامل» فقال: إن الأول خلاف نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» [قال: إذا شهد ستة بالزنا فرجع ثلاثة وجب عليهم نصف الدية أنه الظاهر من منصوص الْبُوَيْطِي عن الشَّافِعِي، وحكى هؤلاء وغيرهم عن نصه في «الْبُوَيْطِي»] أنه لو رجع من الستة اثنان أنه لا شيء عليهما، وكذا رأيته في «الْبُوَيْطِي»، ونقل الْفُورَانِي في كتابيه عن نصه في «الْبُوَيْطِي» أن عليهما ثلث الدية، وتبعه الإمام والغزالي وغيرهما.

تَنْبِيهٌ: سبق أن الرَّافِعِي قال فيما إذا ثبت العدد المعتبر فوجهان، ويقال: قولان، ثم بني الخلاف في صورة الكتاب على ذلك، ولم يصرح أنه قولان ولا وجهان. وقال في «المحرر»: على ما رأيته في عدة نسخ، وحكي عنه أيضًا، وإذا اختل بعض العدد المعتبر دون الجميع في أصح القولين مع قوله قبيله، فإن ثبت العدد المعتبر على الشهادة، فلا غرم على الراجعين في أصح الوجهين، وهو وغيره ينكرون بناء القولين على الوجهين، فالظاهر أن الخلاف في الصورتين قولان، فقد بينا أنه في الأولين قولان لا كما قاله - رَحِمَهُ اللهُ -.

قال: (**وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَهُمَا نِصْفٌ**) ما قدمه، وقدمناه فيما إذا تمحض الشهود ذكورًا، أوتمحض الإناث فيما يثبت بهن منفردات، أما إذا انقسموا إلى ذكور وإناث، فإن لم يزيدوا على النصاب

أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ فِي الْأَصَحِّ. وَإِنْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ فَقِيلَ كَرَضَاعٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ، سَوَاءٌ رَجَعْنَ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ فَالْأَصَحُّ لَا غُرْمَ، ....

كرجل وامرأتين في رضاع ونحوه، أو مال، ثم رجعوا لهم فنصف الغرم على الرجل، ونصفه عليهما بالسوية.

قال: **(أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ فِي الْأَصَحِّ)** كل ما يثبت بشهادة النساء المتمحضات، كالرضاع إذا شهد به أربع نسوة مع رجل، ثم رجعوا جميعًا فعليه ثلث الغرم؛ لأنه بمنزلة امرأتين، وعلين ثلثاه، وقيل: على الرجل النصف حكاه القاضي الحسين، والْبَغَوِي، وإبراهيم المروزي في «تعاليقهم» وإن رجع الرجل وحده، أو رجع امرأتان فقط، فلا غرم عليه ولا عليهما على أصح الوجهين؛ لبقاء الحجة، والثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم، وعلى الوجه الآخر المذكور في «التعاليق» بنصف الغرم صرح به الْبَغَوِي والمروزي، وقياس الأوجه لا يخفى على الفقيه عند زيادة عدد النساء، أو بالعكس.

قال: **(وَإِنْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ فَقِيلَ: كَرَضَاعٍ، وَالْأَصَحُّ: هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ، سَوَاءٌ رَجَعْنَ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ؛ فَالأصَحُّ لَا غُرْمَ)** له ما لا يثبت بشهادة النساء بانفرادهن، كالأموال إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا فوجهان:

أحدهما: عليه ثلث الغرم، وعليهن ثلثاه كما في الرضاع، وهذا ما يحكى عن مالك وأبي حنيفة وأبي إسحاق وابن القاص، وبه أجاب كثير من العراقيين، ونقله المَاوَرْدِي في الحدود عن الشيخ أبي حامد والبغداديين، وبه أجاب الْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ. وقال القاضي أبو الطيب: لا يختلف المذهب فيه، وأقواهما في «المحرر» زاد في «الشرح الكبير» من حيث المعنى، ويروى عن ابن سُرَيْج، واختيار الْقَفَّال، والشيخ أبي علي والإمام والغزالي والْبَغَوِي، والجواب في «الوجيز»، والأظهر في «الشرح الصغير»، والأصح في «الرَّوْضَة» وظاهر المذهب في «تعليق» القاضي الحسين أن نصف الغرم عليه، ونصفه

وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَعْلِيقِ طَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ لَا يَغْرَمُونَ شَيْئًا].

عليهن بخلاف الرضاع؛ لأن المال لا يثبت بشهادتهن بانفرادهن، وإن كثرن فنصف الحجة تقوم بالرجل معهن مهما كن، فعلى هذا لو رجعن فقط فعليهن نصف الغرم، ولو رجع ثنتان فلا شيء عليهما على الأصح؛ لبقاء الحجة، وعلى ما اختاره المُزَنِيّ وأبو إسحاق عليهم ربع الغرم، وقد أكثر الأئمة التفريع على الوجهين، وذكروا صورًا كثيرة لا معنى للإطالة بذكرها.

قال: (**وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَعْلِيقِ طَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ لَا يَغْرَمُونَ شَيْئًا**) أي: برجوعهم، أما شهود الإحصان؛ فلأنهم لم يشهدوا بموجب عقوبة، وإنما وصفوه بصفة كمال، وأما شهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق أو العتق؛ فلأنهم لم يشهدوا بطلاق ولا عتق وإنما أثبتوا صفة، والثاني: يغرمون؛ لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا، والإحصان جميعًا فالقتل لم يستوف إلا بهم، وكذلك الطلاق، والعتق وقع بقولهم، ونقل جماعة هذا الخلاف قولين، ومنهم الإمام والروياني.

وقيل: إن شهدوا بالإحصان قبل الشهادة بالزنا فلا غرم؛ لأنهم أثبتوا صفة كمال لا غير، وإن شهدوا بعدها غرموا؛ لأن الرجم لم يستوف إلا بهم، فإن غرمناهم فقالوا: تعمدنا، لزمهم القصاص كشهود الزنا، ويتعين هنا أن يكونوا ممن يعلم أنه يقتل بشهادتهم؛ لأنه مما يخفى على أكثر الناس، وفي كيفية توزيع الغرم عليهم وعلى شهود الزنا وجهان، أصحهما: اعتبار النصابين فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم وعلى الآخرين الثلثان.

والثاني: يوزع نصفين اعتبارًا بالجنسين كالقاضي مع الشهود، وإذا غرمنا شهود الصفة غرموا النصف قطعًا، قاله في «الرَّوْضَة» وتفريع مسائل الرجوع كثيرة جدًّا، ولكنه رمز الإصرار لا الرجوع فلا يطيل بذكرها.

[خاتمة الباب]

ونختم الباب بفوائد ختم الله لنا بالحسنى:

منها: إنما يجب القود على الشهود إذا رجعوا، إذا خرجت منها شهادتهم

....

مباشرة القتل، عن كونه عدوانًا، أما لو اعترف الولي بعلمه بكذبهم فلا قصاص عليهم. [قال: فى الوسيط] لأنهم لم يلحقوه حسًا ولا شرعًا، فصار قولهم شرطًا محضًا كالإمساك وقضية التشبيه أن يجيء في تضمينهم الخلاف السالف في الممسك، ولم أره لأحد.

ومنها: لو تيقنا كذب الشهود بأن رأينا المشهود بقتله حيًا، قال الرَّافِعِي في الجنايات: فلا يظهر وجوب القصاص عليهم؛ لجواز أنهم لم يتعمدوا، أي: بل اشتبه عليهم وإنما يناط القصاص برجوعهم.

قلت: وهذا ظاهر عند جواز الاشتباه ولو على بعد، أما مع عدمه بالكلية فلا، ورأيت في «أدب القضاء» للديلمي أنهما لو شهدا أنه قتل زيدًا فاقتص منه، ثم بان أن المشهود بقتله كان حيًا قدم من سفره، فلا قود على الشهود ولا دية إذا كان المقتص وليًا قد ادعى أنه مقتول؛ لأن الشهود لم يضطروه إلى قتله بل كان له تركه وعفوه ثم ينظر فإن قال: الولي تعمدت إلى ذلك فعليه القود.

وإن قال: غلطت أو أخطأت فلا قود، وعلى عاقلته الدية مخففة إذا جعلناه خطأ، ولا شيء على الشهود، ولأن ذلك يشتبه ويخفى، ولو كان المقتص هو الحاكم؛ لأنه لم يكن له ولي فإن الغرم على الشهود؛ لأنهم اضطروا الحاكم إلى ذلك؛ لأنه لا يجوز له ترك ذلك فإن قال الشهود: عمدنا، اقتص منهم، وإن قالوا أخطأنا، فالدية عليهم، انتهى.

وأطلق شُرَيْح الرُّويَانِي أنهما لو شهدا عليه بقتل؛ فقتل بشهادتهما ثم رجع المشهود بقتله حيًا فإنهما يغرمان، فإن كانا شهدا على إقراره بالقتل ثم المشهود بقتله حيًا، لم يغرما؛ لاحتمال أنهما سمعا إقراره.

ومنها: حكى الرَّافِعِي قبيل كتاب الديات عن «فتاوى» الْبَغَوِي أنه لو أشكلت الحادثة على الحاكم، وكان متوقفًا فروى إنسان خبرًا عن النبي ﷺ فقتل الحاكم به رجلًا ثم رجع الراوي، وقال كذبت وتعمدت، ينبغي أن يجب القصاص، كالشاهد إذا رجع والذي ذكره الإمام والقفال في «الفتاوى» أنه لا

....

يتعلق به القصاص بخلاف الشهادة والرجوع عنها فإنها تتعلق بالواقعة والخبر لا يتعلق بها خاصة، انتهى.

ويجب أن يكون موضع كلام الْبَغَوِي ما إذا أعطى القاضي الاجتهاد حقه، وكان من أهله، وإلا بالضمان عليه، وليس على الراوي إلا التعزير قطعًا.

ومنها: قال الديلمي: لو شهدا على وكالة رجل في الخصومة، أو على وصيته بعد وفاته، فحكم الحاكم بتثبيت الوكالة والوصية، ثم رجعا عن الشهادة. قال أبو العباس ابن سُرَيْج: لم ينقض الحاكم الوكالة والوصية.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنهما لو شهدا بأن الثوب الذي بيد فلان لفلان، وقضى به له، ثم وهبه فلان من المشهود عليه، ثم رجعا فلا غرم؛ لأنا بينا أن هبته لم تصح، وقد ذكرنا كلامه من قبل برمته، وقوله: إنا بينا هبته لم تصح غير واضح، بجواز كذبهما في الرجوع، ولا سيما إذا صرحا بأنهما كذبا أولًا، لا أنهما غلطا.

ومنها: في «فتاوى» الْقَفَّال: شهدا أنه أعتق هذا في مرض موته، وكانت قيمته تبلغ ثلث ماله، ثم رجعا، وغرما القيمة، ثم شهد آخران أنه أعتق غيره، وقيمته كذلك. قال الْقَفَّال: يبنى على ما إذا لم يجز رجوع، وفي المسألة وجهان:

أحدهما: يقرع بين العبدين.

والثاني: يعتق من كل واحد منهما نصفه، فإن قلنا: يقرع، فكذلك هاهنا، فإن خرجت للثاني عتق ورق الأول وترد الغرامة على الشاهدين، وإن خرجت للأول رق الثاني ولا ترد الغرامة، قال: ولو أن الشهود شهدوا وأقرعنا فخرجت القرعة لواحد، فعتق، ثم رجعوا غرموا، وإن قلنا: يعتق من كل نصفه رد على الشاهدين نصف الغرامة، هكذا رأيته في «الفتاوى» وكان المراد، ثم رجع الأولان لا الجميع.

ومنها: في «فتاوى» القاضي الحسين: ولو شهدا عليه بشيء فأقام بينة على أنهما رجعا عن الشهادة، فإن كان بعد القضاء لا يسمع ولا ينقض، وإن كان

....

قبل القضاء قيل ولا يحكم بشهادتهما، وإن أصرا عليها كما لو أقام البينة على فسقهما يمتنع القضاء.

قلت: وينبغي سماعها بعد القضاء؛ لغرض تغريم الشهود الراجعين لا ردها مطلقًا كما أفهمه إطلاقه.

خاتمة: من «روضة الحكام» للقاضي شُرَيْح الرُّويَانِي ضمنها فوائد:

إذا قال: رجعت عن شهادتي لم يحكم بها، ولو قال: أبطلت شهادتي أو فسختها أو رددتها فهل يكون رجوعًا؟ فيه وجهان، ولو قال: شهادتي باطلة، كان رجوعًا، ولو قال: للحاكم: توقف فيها أو أنا واقف فيها؛ لم يحكم بها، ولكن لا يبطل بهذا القدر، ولو قال: بعدما شهد: حصل لي الشك والتهمة فيما شهدت، أو أنا أشك لم يحكم بتلك الشهادة ما لم يعدها، ولو قال الشاهد: لا يحكم بشهادتي، لم يحكم بها للريبة، ولو شهد ثم ارتاب ريبة بما يوجب الرجوع وجب عليه أن يعرف الحاكم شفاهًا، أو على وجه يعرف به الحاكم رجوعه، فلو قيل للحاكم: إنه قد رجع عن شهادته، فإن غلب على ظنه فصدق المخبر توقف عن الحكم في أحد الجوابين، وقام غالب الظن مقام العلم، وإن لم يحصل له بما قبل غلبة الظن، لم يلزمه التوقف ولو كان شاهدًا في شيء فوقع للحاكم علم بما يوجب التوقف عما عنده من الشهادة، لزمه الامتناع ولو شهد عند الشاهد عدلان بما يوجب التوقف عما عنده من الشهادة، لزمه التوقف عن أدائها، ولو شهد عند الشاهد شاهد واحد وحلف معه من كانت الشهادة عليه؛ فهل يلزمه التوقف عنها لأجل ذلك؟ فيه وجهان، وأما بمجرد شاهد واحد فلا يلزمه ترك أداء الشهادة، وقد قيل إذا غلب على ظنه صدق ما يقوله هذا الواحد فله الامتناع من الأداء؛ لأن غالب ظنه في مثله كلام، انتهى ذكره في باب ما يكون رجوعًا عن الشهادة ويشبه أن يرجح الوجه الثاني كما لو أخبره عدلان، وقد يطمئن إلى قول واحد أكثر مما يطمئن إلى قول اثنين.

والمراد بالشهادة عنده إخباره وإطلاعه على ما يوجب له غلبة الظن بصحة

....

ما ذكراه لا الإتيان بصيغة الشهادة، والله أعلم.

وذكر في باب ما يثبت به تغريم الشهود، وما لا يثبت أنهما لو شهدا لامرأة على رجل أنه تزوجها ثم ظهر أنه أخوها لم يضمنا؛ لأنهما شهدا على العقد ولم يعلما الغيب، وكذا لو شهدا على بيع عبد ثم استحق أن يخلع، ثم ظهر أنه طلقها قبل ذلك ثلاثًا، أو شهدا أنه كان أقر أنه كذا في وقت كذا، ثم قامت بينة أن القرض أبرأه؛ لم يضمنا وإنما يغرم القابض؛ لأنهما شهدا على إقرار ظاهر، ولو شهدا أن لفلان على فلان ألفًا عن قرض، ثم قامت بينة على الإبراء ضمنا؛ لأنه ظهر كذبهما.

قلت: وهذا كلام مظلم، ولعله بخلل في النسخة، وسياق كلامه يفهم عدم الخلل، وأنه يفرق بين أن يشهدا بإقراره، أو بالفعل ولم يتضح لي.

واعلم أن الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أهمل بابًا عظيمًا من أبواب الشهادات وهو اختلاف الشهادات، وما تلفق منها [وما لا، وهو من المهمات] وربما يعقد فيه فصلًا في الدعاوى والبينات - إن شاء الله تعالى وبه التوفيق ـ وأسأله الإعانة إنه قريب مجيب، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا .

فهرس المحتويات